

Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte**

vorgelegt von

EMIL FRICK

von Hausen a. A.

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag, Zürich

1953

Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

EMIL FRICK

von Hausen a. A.

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Juris-Verlag, Zürich

1953

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 28. November 1953

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	15
----------------------	----

I. TEIL :

Grundfragen der Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft

§ 1. Ueberblick über die Entwicklung im schweizerischen Aktienrecht . .	17
A) Allgemeines	17
B) Die Regelung der Verantwortlichkeiten im alten und im revidierten OR	19
§ 2. Die rechtliche Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen .	21
A) Allgemeines	21
B) Kontrakts- und Deliktsklage	22
1. Die Vertragsklage	22
2. Die Klage aus unerlaubter Handlung	23
C) Die Klagen der Geschädigten	23
1. Die grundsätzliche Regelung	23
2. Die Klage der Gesellschaft	24
3. Die Klage des Aktionärs	25
a) gegen die Gesellschaft	25
b) gegen die Organe	25
c) gegen die Gründer	26
4. Die Klage der Gläubiger	26
§ 3. Die verantwortlichen und die berechtigten Personen	28
A) Allgemeines	28
1. Verantwortlichkeit und Berechtigung	28
2. Die Personen	28
3. Die Solidarität	29
a) der Verantwortlichen	29
b) der Berechtigten	29
B) Die verantwortlichen Personen	30
1. Nach Gesetz	30
2. Die Gründer	31
3. Die Organe der Gesellschaft	32
4. Die Liquidatoren, Sachwalter und Kommissäre	35
5. Die Urkundspersonen	36

C) Die berechtigten Personen	36
1. Grundsätzliches	36
2. Die Gesellschaft	37
3. Die Aktionäre	37
4. Die Gläubiger	37
§ 4. Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit	38
A) Allgemeines	38
B) Der Schaden	39
C) Widerrechtlichkeit und Verschulden	39
D) Der Kausalzusammenhang	40
E) Besondere Klagebeschränkungen	41
1. Die Entlastung	41
2. Der Konkurs	41
3. Andere Beschränkungen	42

II. T E I L :

Die Schadenszufügung im Aktienrecht

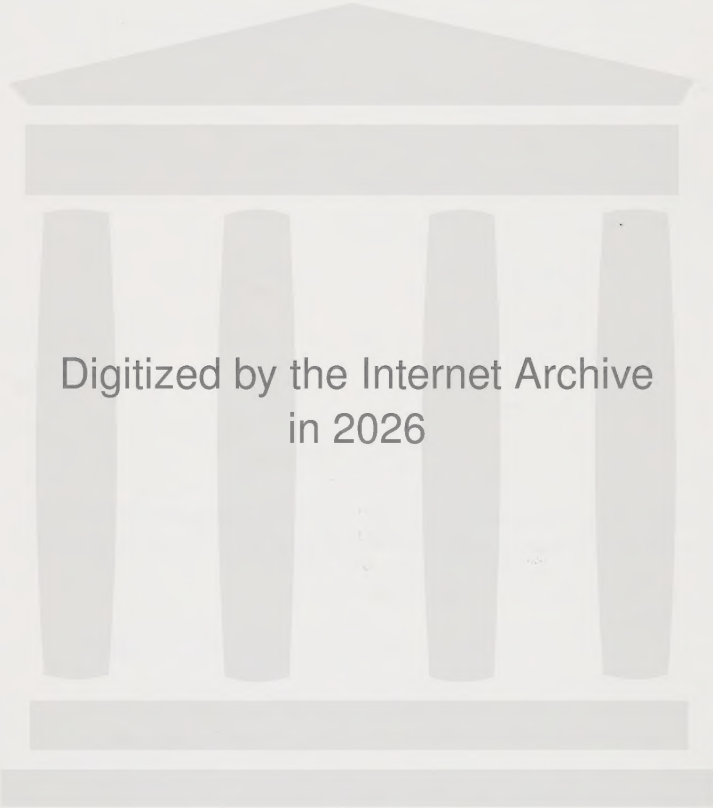
§ 5. Die Schadenstatbestände	43
A) Allgemeines	43
1. Der Begriff des Schadens	43
2. Die Kriterien der Schadensunterscheidung	44
a) Die Unterscheidung nach den schädigenden Personen	45
b) Die Unterscheidung nach den Geschädigten	45
c) Die Unterscheidung nach den verletzten Rechtsgütern und nach den Rechtsgründen der Schädigung	46
d) Die Unterscheidung nach unmittelbarem und mittelbarem Schaden	49
3. Grundsätze der Schadensbemessung	49
a) Das richterliche Ermessen	49
b) Der ziffernmässige Schadensnachweis	50
c) Art und Höhe des Schadenersatzes	53
d) Die Herabsetzungsgründe	54
B) Die Tatbestände	55
1. Schaden aus Prospekthaftung	56
a) Allgemeines	56
b) Schadensfälle	58
2. Gründungsschaden	60
a) Allgemeines	60
b) Die rechtliche Natur der Schädigung	63
c) Anfang und Ende der Gründung	64
d) Der Schaden	66

3. Schaden aus Geschäftsführung	69
a) Begriffliches	69
b) Schaden aus Generalversammlungsbeschlüssen	70
c) Schaden aus Handlungen des Verwaltungsrates	73
d) Schaden aus Handlungen der Geschäftsführer im engeren Sinne	77
4. Schaden aus Handlungen der Kontrollstelle	78
5. Liquidationsschaden	81
a) Liquidatoren, Sachwalter, Kommissäre	81
b) Der Schaden	83
6. Schaden aus Handlungen der Handelsregisterführer und Urkundspersonen	84
§ 6. Der unmittelbare und der mittelbare Schaden	86
A) Allgemeines	86
1. Die Entstehung der Unterscheidung	86
2. Begriff und Unterscheidungsmerkmale	88
B) Die Tatbestände	90
1. Der Schaden der Gesellschaft	90
2. Unmittelbarer Schaden	92
a) der Aktionäre	92
b) der Gläubiger	94
3. Mittelbarer Schaden	96
a) der Aktionäre	96
b) der Gläubiger	98

III. T E I L :

Ergebnis: Auswirkungen der Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Schaden auf die Klagen aus Verantwortlichkeit

§ 7. Die Beschränkungen der Klage der Aktionäre	102
A) Allgemeines	102
B) Das Prinzip der Leistung des Schadenersatzes an die Gesellschaft	104
C) Die Entlastung und die Klage des Aktionärs	106
1. Bei unmittelbarem Schaden	106
2. Bei mittelbarem Schaden	107
D) Die Klagerechte des Aktionärs im Konkurs und im Nachlassvertrag	108
E) Die Rechtsstellung des Aktionärs bei Vorliegen eines Vergleichs	110
§ 8. Die Beschränkungen der Klage der Gläubiger	113
A) Allgemeines	113
B) Der Konkurs als Voraussetzung der Gläubigerklage	114
C) Die Entlastung und die Klage der Gläubiger	116
D) Die Rechtsstellung der Gläubiger bei Vorliegen eines Vergleichs	117
§ 9. Die Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast und auf die Verjährung	119



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LITERATURVERZEICHNIS

- Bachmann G. Aktiengesellschaft und Genossenschaft, Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht. Schneider und Fick. II. Band 1915.
- Bachmann G. Die Sonderrechte des Aktionärs. Diss. Zürich 1901. Zit. Sonderrechte.
- Barbey A. E. La décharge en droit suisse. Diss. Genf 1949.
- Becker H. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht. Bern 1941. Zit. Becker Komm.
- Beer M. Der Minderheitenschutz im Aktienrecht. Diss. Bern 1944.
- Bertsch W. Die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen. Diss. Zürich 1947.
- Biggel H. Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss art. 673 ff. OR/754 rev. OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und italienischen Rechts. Diss. Zürich 1940.
- Blätter für zürcherische Rechtssprechung. Neue Folge der Handelsgerichtlichen Entscheidungen. Zürich, 1901 ff.
- Brodmann E. Das Aktienrecht. Kommentar. Berlin und Leipzig 1928.
- Brühlmann W. Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, samt Vollziehungsverordnung vom 26. Februar 1935. Weinfelden 1935.
- Bürgi F. W. Obligationenrecht. Teil 5: Die Aktiengesellschaft art. 660 bis 667. 1. Lieferung. Zürich 1947.
- Burckhardt W. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. 2. A. Zürich 1944.
- Burki O. Pflichtprüfung und Verantwortlichkeit der Pflichtprüfer nach schweizerischem Bankengesetz und rev. Obligationenrecht. Diss. Zürich 1942.
- Dalloz Recueil critique de Jurisprudence et de Législation; 3ème cahier 1943. (Législation).
- Düringer/Hachenburg Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band III. 3. A. Mannheim 1934.
- Eckstein A. Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft aus ihrer Geschäftsführung nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht, unter Berücksichtigung der neuen Gesetzgebung. Diss. Basel 1936, Masch.schr.
- Egger A. Die Aktiengesellschaft nach dem rev. schweizerischen Obligationenrecht. Separatabdruck aus SJZ Jg. 34, Heft 1—3, Zürich 1937.
- Egger A. Ueber die Verantwortlichkeit des Bankiers, in: Geld- und Kreditsystem der Schweiz. Festschrift für G. Bachmann, Zürich 1944.
- Egger A. Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, in: ZSR Bd. 45. S. 1 ff. zit. Egger: Schranken.

- Ehlers R. Die Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen bei der Aktiengesellschaft nach dem neuen deutschen Aktiengesetz vom 30. Juli 1937. Diss. München 1941.
- Ehrbar M. Die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach ungeschriebnem Recht. Diss. Zürich 1941.
- Ensslin R. Das Recht auf Anfechtung gesetz- und statutenwidriger Generalversammlungsbeschlüsse. Diss. Zürich 1930.
- Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen (RGZ).
- Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (BGE).
- Fischer R. Die Aktiengesellschaft, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. III. Bd. Abt. I. Leipzig 1916.
- Frehner R. W. Die aktienrechtliche Fusion nach schweizerischem Recht. Diss. Zürich 1945.
- Funk F. Kommentar des Obligationenrechts. Bd. II. Das Recht der Gesellschaften. Aarau 1951.
- Furler M. Die Sachübernahme im Aktienrecht, in: SJZ Jg. 45. 1950. S. 133 ff.
- Gadow W. Grosskommentar zum Aktiengesetz, bearbeitet von W. Gadow, W. Heinichen, E. Schmidt, W. Schmidt und O. Weipert. Berlin 1939.
- Geilingner U. Die ersuchten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre. Diss. Zürich 1948.
- Gelpke A. Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, in «Die Schw. AG», 1. Jg. 1928/29.
- Gerber H. Gruppenbildung und Gruppenschutz in der Aktiengesellschaft. Diss. Bern 1946.
- Gierke O. von Deutsches Privatrecht, in: Binding: Handbuch der deutschen Rechtswissenschaften. Dritter Band: Schuldrecht. München/Leipzig 1917.
- Godin/Wilhelmi von Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Berlin 1950.
- Goldschmidt R. Das neue Aktienrecht. München 1932.
- Graner P. Die Revision, Ueberwachung und Kontrolle nach rev. Obligationenrecht und Bankengesetz. Zürich 1939.
- Graner P. Stellung, Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem rev. Obligationenrecht, in: «Die AG i. n. OR», Heft 3. Zürich 1939.
- Greuter B. Das Problem des Erwerbs eigener Aktien im rev. Obligationenrecht. Diss. Zürich 1948.
- Guhl Th. Das schweizerische Obligationenrecht. 4. A. Zürich 1948. Zit. Guhl OR.
- Guhl Th. Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz. Zürich 1937.
- Hagmann E. Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1951.
- Hartmann R. Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft. Diss. Bern 1945.
- Henggeler J. und E. Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht. Zürich 1937.
- Henggeler J. Das Dividendenrecht von Aktionärsminderheiten, in: «Die AG i. n. OR», Heft 5. Zürich 1940. zit. Henggeler Div.

- Hofer H. Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht unter Mitberücksichtigung des Aufsichtsrates. Diss. Bern 1944.
- Hotz Ch. A. La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme. Diss. Neuchâtel 1945.
- Huber F. Der Schutz der Obligationäre nach den Entwürfen zum Obligationenrecht. Diss. Bern 1936.
- Hug W. Zur Revision des schweizerischen Aktienrechts. St. Gallen 1934. Veröffentlichungen der Handelshochschule St. Gallen Heft 7.
- Jaeger C. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. 3. A. Zürich 1938.
- Jäggi P. Die Scheineinzahlung von Aktien, in: SJZ Jg. 48. S. 297 ff. (1952).
- Kaeslin Th. Die Aktiengesellschaft und die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach dem rev. Obligationenrecht. Diss. Bern 1941.
- Kohler F. Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, in: Abhandlungen z. schweiz. Recht, Heft 278. Bern 1950.
- Kolb A. Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht. Diss. Zürich 1935.
- Lang E. Die Haftung des Emittenten gegenüber dem Erwerber von Wertpapieren nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1916.
- Lehmann J. Das Recht der Aktiengesellschaft, im: Kommentar Düringer-Hachenburg, III. Bd. 2. Teil. 3. A. Mannheim/Berlin/Leipzig 1933.
- Locher K. Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschafts-gläubiger im schweizerischen Aktienrecht. Diss. Bern 1941.
- Meier-Hayoz A. Die richterliche Ernennung von Liquidatoren bei der Aktiengesellschaft. (art. 741 OR), in: SJZ Jg. 46. S. 213 ff. Zürich 1950.
- Mijalcovic V. Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs. Diss. Bern 1941.
- Oftinger K. Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I und II. Zürich 1940 bis 1942.
- Oser/Schönenberger Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Bd.: Obligationenrecht. 2. A. Zürich 1945.
- Peyer R. Nichtig und anfechtbare Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1944.
- Picenoni R. Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts. Diss. Zürich 1945.
- Praxis des Bundesgerichtes. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichtes. Jahrgang I-XL. Basel 1912 ff.
- Ring-Schachian Die Praxis der Aktiengesellschaft. Berlin-Leipzig 1929.
- Rossy-Reimann Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 mit Vollziehungsverordnung vom 26. Februar 1935. 2. A. Zürich 1936.
- Ruegg A. Die Haftung der Gründer von Aktiengesellschaften nach deutschem und insbesondere nach schweizerischem Recht. Zürich 1914.

- Savatier R. in: Dalloz, Nouveau Dictionnaire pratique de Droit. Tome II. Paris 1933.
- Schlegelberger/Quassowsky: Das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937. Berlin 1937.
- Schmerschneider H. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit im geltenden und kommenden deutschen, schweizerischen und italienischen Recht. Diss. Berlin 1933.
- Schucany E. Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht. Zürich 1940.
- Schulthess R. Die verschleierte Apportgründung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1934.
- Senn G. Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft und einer Kommanditaktiengesellschaft, gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern. Diss. Basel 1947, Masch.schr.
- Siegwart A. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Bd.: Obligationenrecht. 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und die GmbH. Zürich 1945.
- Sontag Einzelfragen aus dem Handelsgesellschaftsrecht, in: «Schw. AG». Jg. 15—24.
- Staub/Pinner Kommentar zur Aktienrechtsnovelle 1931. Nachtrag zum Kommentar Staub, bearbeitet von Pinner. 12.—13. A. Berlin 1932.
- Steiger K. Der Anspruch des Aktionärs auf Dividende. Bern 1947. Abhandlungen zum schweiz. Recht. NF. Heft 239.
- Steiger F. von Das Recht der Aktiengesellschaften in der Schweiz. Zürich 1946.
- Steinbrüchel R. Organ und Hilfsperson. Diss. Zürich 1947.
- Steiner E. Les sanctions dans le droit de la société anonyme, in: «Schw. AG». Jg. 18. S. 105 ff.
- Steiner E. Die Veröffentlichungen bei der Kaduzierung von Aktien, in: «Schw. AG». Jg. 18. S. 205 ff.
- Stokar R. Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1947.
- Schweizerische Aktiengesellschaft, Die: Jahrgang 1—24. Zürich.
- Schweizerische Juristenzeitung. Jahrgang 1—48 (SJZ) Zürich.
- Thalmann E. Die Aktiengesellschaft. Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer. Basel 1937.
- von Tuhr Siegwart Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. 2. A. Zürich 1942.
- Tuor P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 4. A. Zürich 1940.
- Vigier W. Die Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft gegenüber den Gläubigern. Diss. Bern 1907.
- Vivante C. Trattato di diritto commerciale. Vol. II: Le Società Commerciali. Quinta edizione. Milano 1929.
- Wehrli U. Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft. Diss. Zürich 1940.
- Weiss G. Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht. 1912—21. Bd. III. 2. Hlbbd. Zürich 1932.

- Weiss G. Die nichtentziehbaren Rechte des Aktionärs, in: SJZ Jg. 39. S. 513 und 529 ff.
- Welti A. Organisation der Aktiengesellschaft. Zürich 1890.
- Wetter E. Bankkrisen und Bankkatastrophen der letzten Jahre in der Schweiz. Zürich 1918.
- Widmer H. Die Kontrollstelle der AG nach schweizerischem Recht. Diss. Bern 1934.
- Wieland A. Die verschleierte Apportgründung in Theorie und Praxis des schweizerischen Aktienrechts, in: ZSR Bd. 41. S. 524 ff.
- Wieland A. Die Grenzen des Schadenersatzanspruches der Aktionäre gegenüber der Aktiengesellschaft nach dem rev.Obligationenrecht, in: SJZ Jg. 43. S. 106, 117 ff.
- Wieland A. Die Sachübernahmegründung in der Bundesgerichtspraxis, in: SJZ Jg. 45. S. 33, 51 ff.
- Wieland A. Die Rechte der Aktiengesellschaft und ihrer Gläubiger gegenüber den Aktionären im Falle rechtswidriger Bezüge aus dem Gesellschaftsvermögen, in: SJZ Jg. 46. (1950). S. 229 ff.
- Wieland K. Handelsrecht, Bd. II. München und Leipzig 1921/31.
- Wolf E. Die Stellung des Verwaltungsrates und des Aktionärs bei Interessenkollision mit der Aktiengesellschaft, in: «Die AG i. n. OR». Heft 2. Zürich 1938/39.
- Wolfers A. Die Verwaltungsorgane der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse von Verwaltungsrat und Direktion. Diss. Zürich 1917.
- Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR) NF. Basel.
- Zimmermann H. Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG in Gesetzgebung und Praxis. Zürich 1946, in: «Die AG i. n. OR». Heft 9.
- Zimmermann H. Zur Frage der Möglichkeit der Schadenersatzklage des Aktionärs gegen die Gesellschaft, in: «Schw. AG». 18. Jg. S. 117/143 ff.
- Zimmermann-Locher Aktienrechtstabellen. Zürich 1939. zit. Zimmermann Tabelle.
- Zingg B. Der Gläubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals. Diss. Zürich 1940.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A.	Auflage
a. a. O.	am angegebenen Ort
AG	Aktiengesellschaft
«AG i. n. OR»	«Die AG im neuen OR». Hefte 1-10, Polygraphischer Verlag AG Zürich.
Akt. Ges.	Deutsches Aktiengesetz vom 30. Januar 1937.
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881, bzw. vom 30. März 1911.
App. Hof	Appellationshof
art.	Artikel
ausl.	ausländisch(e)
Bd.	Band
bes.	besonders
betr.	betreffend
Bericht II.	Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24—33 des schweizerischen Obligationenrechts. Dezember 1923 (Hoffmann).
bezgl.	bezüglich
Bank G	Bundesgesetz über Banken und Sparkassen, vom 8. November 1934.
BGer	Bundesgericht, schweizerisches
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung, Lausanne.
BZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung. Zürich.
Botschaft	Botschaft des Bundesrates vom 21. Februar 1928 an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24—33 des schweiz. Obligationenrechts.
d. h.	das heisst
E.	Erwägung
Entsch.	Entscheid
Entwurf	Entwurf des Bundesgesetzes über die Revision der Titel 23—33 des schweizerischen Obligationenrechts vom 21. Februar 1928 (bundesrätlicher Entwurf).
Entsch. d. zürch. Kass.Ger.:	Entscheid des zürcherischen Kassationsgerichtes
F.schr.	Festschrift
gl. M.	gleicher Meinung
GV	Generalversammlung
H.	Heft
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937 (Handelsregisterverordnung).
i. w. S.	im weiteren Sinne

Jg.	Jahrgang
Kt.	Kanton
Komm.	Kommentar
Masch.schr.	Maschinenschrift
N.	Note
NR	Nationalrat
NF	neue Folge
Nr.	Nummer
OR	Schweizerisches Obligationenrecht v. 30. März 1911/18. Dezember 1936.
prakt.	praktisch(e)
Prax.	Die Praxis des Bundesgerichts. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des schweiz. Bundesgerichts, Basel 1912.
rev.	revidiert
rev. OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, mit Abänderungen.
«Schw. AG»	«Die schweizerische Aktiengesellschaft». Polygraphischer Verlag Zürich. Jg. 1—25.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung. Jg. 1—48. Zürich.
Sten.Bull.	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.
u. E.	unseres Erachtens
VE. II.	Zweiter Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24/33 des schweizerischen Obligationenrechts. Dezember 1923 (Entwurf Hoffmann).
vgl.	vergleiche
VV	Vollziehungsverordnung zum Bankengesetz vom 26. Februar 1935.
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Basel.
Ziv.Ger.	Zivilgericht
z. Zt.	zur Zeit

EINLEITUNG

Seit der Revision des schweizerischen Obligationenrechts ist die Literatur über Einzelfragen des Aktienrechts zahlreich geworden. Besonders auf dem Gebiete der Verantwortlichkeiten in der Aktiengesellschaft sind wertvolle Arbeiten erschienen, die hauptsächlich die Frage der Verantwortlichkeit in der AG allgemein untersuchen und durch rechtsvergleichende Darstellungen ergänzen. Auch in den nicht wenigen vorliegenden Arbeiten über einzelne Institute und Rechtsverhältnisse in der AG finden sich fast durchwegs Abschnitte, in denen die Autoren auf die Frage der Verantwortlichkeit in den von ihnen behandelten Spezialgebieten des Aktienrechts näher eingehen.

Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel, die mannigfaltigen Möglichkeiten einer Schädigung von Gesellschaft, Aktionären und Gesellschaftsgläubigern in der AG zu untersuchen. Insbesondere soll die vom rev. OR aus der Praxis der Rechtsprechung vor 1937 übernommene und durch art. 755 rev. OR positiv getroffene Unterscheidung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden einer Prüfung unterzogen werden. In einem besondern Teil schliesslich sollen die Auswirkungen, die sich aus dieser Unterscheidung für die geschädigten Personen ergeben, zusammengefasst und an Hand von praktischen Schadensbeispielen erläutert werden.

Die Vielfalt und Komplexität der zu behandelnden Einzelfragen zwingt dazu, in einem ersten Teil der Arbeit nochmals auf die Grundfragen der Verantwortlichkeit in der AG zurückzukommen. Diese Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern will vielmehr ein Abriss der wichtigsten Grundlagen der aktienrechtlichen Schadensregulierung sein.

Im Interesse einer klaren, eingehenden Darstellung der Materie beschränkt sich die Arbeit auf die Verhältnisse des schweizerischen Rechts. Es soll nur in den grundsätzlichen, umstrittenen Fragen auf die in der ausländischen Doktrin vertretenen Lehrmeinungen und auf die ausländische Judikatur verwiesen werden.

Da sich im schweizerischen Wirtschaftsleben der letzten Jahrzehnte eine Vielzahl von Schadensereignissen im Bankwesen einstellte¹, soll naturgemäss das schweizerische Bankengesetz, als Spezialgesetz des OR mit seinen zum Teil verschärften Verantwortlichkeitsbestimmungen, mitberücksichtigt werden. Wo nicht besonders auf eine abweichende Regelung durch das Bankengesetz verwiesen wird, gelten die nachstehenden Ausführungen analog auch für dieses.

Im übrigen wird auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den theoretischen Streitfragen zugunsten einer mehr kasuistischen Methode der Darstellung verzichtet.

¹ Wetter 1 ff.

I. TEIL

Grundfragen der Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft

§ 1. Ueberblick über die Entwicklung im schweizerischen Aktienrecht

A) Allgemeines

Nachdem am 1. Januar 1883 das alte schweizerische OR als erstes einheitliches Aktienrecht für das gesamte Gebiet der Schweiz in Kraft getreten war, blieb in der Folge während mehr als einem halben Jahrhundert die Anpassung des schweizerischen Aktienrechts an die wachsenden Bedürfnisse der Wirtschaft der Praxis überlassen¹. Insbesondere zeigte es sich sehr bald, dass vor allem die Verantwortlichkeitsbestimmungen des alten Gesetzes den steigenden Anforderungen des modernen Geschäftsverkehrs und dem erhöhten Interesse an absoluter Rechtssicherheit nicht mehr gewachsen waren. Diese Situation wurde immer wieder ausgenützt und die Fälle schwindelhafter Gründungen, Fusionen und Konkurse waren zahlreich. Das Fehlen eindeutiger gesetzlicher Vorschriften in wichtigen Fragen hat die Gerichtspraxis gezwungen, selbst eine Abklärung der grundlegenden Prinzipien der Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft zu suchen. Sie hat dies, wenn auch nur zögernd, getan und damit die Fundamente und Richtlinien für die Revision des damals in Kraft stehenden Aktienrecht gelegt. Das neue Recht der Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im rev. OR ist deshalb in besonderem Masse aus der Praxis hervorgegangen². Es zeichnet sich aus durch eine wesentliche Verschärfung aller Vorschriften, welche dem Schutz der Gesellschaft, der Ak-

¹ Henggeler 5.

² Henggeler 6.

tionäre³ und insbesondere der Gläubiger dienen⁴. Daneben zeichnet sich unverkennbar die Tendenz ab, den Kreis der aktienrechtlich verantwortlichen Personen zu erweitern, allerdings unter ebenso konsequenter Berücksichtigung des Prinzips der billigen Haftungsverteilung. Wenn trotzdem auch heute noch nicht alle möglichen Vorgänge im Leben einer AG durch das Gesetz positiv geregelt werden, so liegt dies weniger am Gesetz selbst, als an der Dynamik, mit welcher die Fortschritte in Handel und Industrie, sowie die ständig wechselnden internationalen Wirtschaftsbeziehungen der Völker, immer neue Erscheinungsformen im Aktienwesen schaffen.

Verantwortlichkeitsprozesse sind in der Praxis relativ selten und werden in der Regel erst angehoben, nachdem über die Gesellschaft der Konkurs ausgebrochen ist⁵. Dies rührt zum Teil daher, dass in die Statuten der heutigen Aktiengesellschaften oft sogenannte Schiedsklauseln aufgenommen werden. Für die Aufnahme solcher Klauseln spricht das Bestreben der Gesellschaft, die geschäftliche Geheimsphäre, die in einem öffentlichen Prozess Gefahr liefe, verletzt zu werden, nach Möglichkeit zu wahren. Ansehen und Kredit einer noch aufrechtstehenden Gesellschaft können in einem Verantwortlichkeitsprozess unheilbaren Schaden leiden⁶. Andererseits ist es auch noch heute für den aktienrechtlich Geschädigten nicht leicht, die vom Gesetz zur Anhebung einer Klage geforderten materiellen und formellen Voraussetzungen zu erfüllen⁷. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus Verantwortlichkeit erfordert darum meist langwierige und komplizierte Prozesse.

In neuerer Zeit hat sich auf dem Gebiet des Aktienwesens ein wichtiges Problem ergeben: Der Schutz von Aktionärminderheiten. Durch die in der Praxis deutlich erkennbare Wandlung von der Sukzessivgründung zur Simultangründung hat sich das Schwergewicht im internen Leben der Aktiengesellschaften eindeutig zugunsten der Aktionärsmehrheiten verschoben und diesen oft eine fast unangreifbare Machtstellung eingeräumt⁸. Auch das Ueberhandnehmen von Konzernbildungen, welche eine Uebersicht über die internen Gesellschaftsverhältnisse von aussen erschweren

³ Speziell auch Aktionärminderheiten.

⁴ Zimmermann 30. Biggel 56/57.

⁵ Kaeslin 65.

⁶ Widmer 85.

⁷ Z. B. Beweislasten, Kostenvorschüsse, Sicherstellung von Vergleichsergebnissen. Vgl. hinten 118.

⁸ Hug 24.

oder gar verunmöglichten, führte zu unbilligen Benachteiligungen von Minderheiten und zu Beherrschungstreiten im Schatten der Anonymität. Auch hier hat das rev. OR versucht, durch Verschärfung des Verantwortlichkeitsbewusstseins der leitenden Personen die Solidität des Aktienwesens zu heben und zu sichern⁹.

B) Die Regelung der Verantwortlichkeiten im alten und revidierten Obligationenrecht

1. Wie bereits erwähnt, wurden die Verantwortlichkeitsbestimmungen bei der letzten Revision des OR erheblich verschärft. Eine der hauptsächlichsten Neuerungen auf diesem Gebiet besteht darin, dass nach dem alten OR die verantwortlichen Personen nur für wissentlich unwahre Angaben und für den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern absichtlich zugefügten Schaden einzustehen hatten, während sie nach dem geltenden Recht auch für den nur fahrlässig verursachten Schaden haften¹⁰. Nach art. 754 rev. OR sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen sowohl der Gesellschaft, als auch den einzelnen Aktionären und Gläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten verursachen. Neu in den Vorschriften des rev. Aktienrechts ist also, dass zur Begründung einer Verantwortlichkeit schon der Nachweis des nur fahrlässig verursachten Schadens genügt (Ausnahme: art. 753 Ziff. 3 OR).

2. Im rev. OR wird der Kreis der Verantwortlichen erweitert, indem art. 754 ausdrücklich auch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen einschliesst¹¹. Der früher gebräuchliche Begriff der «Organhaftung» muss damit als nicht mehr ganz zutreffend erscheinen, indem als geschäftsführende Person jedermann zu gelten hat, dem tatsächlich selbständige Verwaltungs- und Vertretungsbefugnisse zustehen¹².

3. Eine alte Streitfrage¹³ aus der Zeit des früheren Rechts wurde durch die positive Regelung des neuen art. 755 OR endgültig erledigt. Danach kann sich das Klagebegehren der Aktionäre und Gläubiger, soweit es sich um ihnen nur mittelbar entstandenen Schaden handelt, nur auf Leistung

⁹ Hug 86.

¹⁰ Guhl 484. v. Steiger 261. Biggel 22.

¹¹ Vgl. hinten 32.

¹² Guhl OR 484. BGE 48 II 56 ff.

¹³ A. Wieland, in: ZSR NF 23, 268 ff. SJZ 15, 111 ff. BGE 44 II 38 ff.

des Ersatzes an die Gesellschaft richten¹⁴. Es findet sich hier im Gesetzestext auch zum erstenmal die Unterscheidung zwischen dem unmittelbaren, der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern direkt, und dem mittelbaren, den beiden letzteren Kategorien nur indirekt durch Schädigung der Gesellschaft entstandenen Schaden. Diese Unterscheidung, welcher der Hauptteil der vorliegenden Arbeit gewidmet ist, hat in der Praxis der Abklärung verschiedener Fragen gerufen. Darauf, insbesondere auf die Auswirkungen der Unterscheidung auf die Stellung der unmittelbar oder mittelbar geschädigten Aktionäre und Gläubiger, ist im II. und III. Teil zurückzukommen.

4. Schliesslich war die Frage nach der rechtlichen Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen im alten Recht lebhaft umstritten. Indem art. 674 aOR den Aktionären, wie auch den Gläubigern, gegenüber den verantwortlichen Personen eine Klagerecht einräumte, wurde mit dem anerkannten Grundsatz, wonach Verträge nur «inter partes» wirken können, gebrochen¹⁵. Es handelte sich darum, zu entscheiden, ob es sich bei der Klage aus art. 674 aOR auf Ersatz des unmittelbaren oder mittelbaren Schadens um eine Delikts- oder Vertragsklage handle. Dies war sowohl für die Klagebegründung, wie auch für Beweislast und Verjährung von grosser Bedeutung¹⁶. Dieses Problem kann heute als gelöst betrachtet werden. Die Praxis des rev. OR nimmt an, dass die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen auf Ersatz des mittelbaren Schadens vertraglicher Natur seien¹⁷. Die sich aus dieser Lösung ergebende vertragliche Beweislastverteilung wird jedoch vom Bundesgericht nicht konsequent durchgeführt. Bezüglich der Verjährung aktienrechtlicher Ansprüche aus Verantwortlichkeit ist neu der art. 760 OR geschaffen worden¹⁸.

5. Ein detailliertes Eingehen auf weitere Neuerungen des geltenden Rechts, insbesondere auf die genauere Umschreibung der Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführer im Bank G und rev. OR, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Es soll im folgenden bei der Untersuchung der einzelnen Verantwortlichkeitstatbestände jeweils kurz auf die Lösung des aOR verwiesen werden.

¹⁴ Bank G art. 43 II.

¹⁵ Vigier 52. Vgl. vorn 19.

¹⁶ K. Wieland II, 136/37. Kaeslin 51. Widmer 89. Senn 124.

¹⁷ a. M. für den mittelbaren Schaden der Gläubiger: vgl. Biggel 35, BGE 63 II 20. Ausnahmen aber für die art. 752/53 OR.

¹⁸ Art. 760 OR enthält abweichend von art. 127 OR die einheitliche Verjährungsfrist von 5 Jahren.

§ 2. Die rechtliche Natur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen

A) Allgemeines

Die Verantwortlichkeit der schädigenden Personen kann sich sowohl aus einer Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten aus Vertrag, als auch aus Verletzung von gesetzlichen Vorschriften ableiten. Wie oben erwähnt, hat das rev. OR angenommen, dass sich die Klage der Gesellschaft und der Aktionäre gegen die verantwortlichen Personen auf Vertrag oder doch auf ein vertragsähnliches Verhältnis stütze¹. Andere Klagen wiederum, wie z. B. diejenigen der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger gegen die Gründer einer Gesellschaft, setzen eine Verletzung der gesetzlichen Vorschriften² voraus³. Allgemein kann gesagt werden, dass die Grundsätze der Verantwortlichkeit aus Delikt jederzeit Anwendung finden können, da die art. 752/55 OR nicht alle Fälle einer widerrechtlichen Handlung erschöpfend normieren⁴. Beide Klagen können grundsätzlich nebeneinander eingeleitet werden. Eine Haftung sowohl aus Vertrag, als auch aus Delikt ist ohne weiteres möglich, jedoch kann der Beklagte für den gleichen Schaden nicht zweimal belangt werden.

Das Verhalten der Verwaltungspersonen einer AG kann eine Rechtswidrigkeit enthalten, ohne dass dadurch eine Verwaltungspflicht aus Vertrag verletzt ist⁵. Da in diesem Fall ein solches Verhalten eine unerlaubte Handlung darstellt, muss es nach art. 41 ff. OR beurteilt werden⁶. Ob im konkreten Fall eine Haftung aus Vertrag oder aus Delikt anzunehmen ist, ergibt sich aus der Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den mittelbar Geschädigten und den verantwortlichen Organen. Es ist in der Literatur strittig, ob dieses Verhältnis z. B. für die mittelbar geschädigten Gesellschaftsgläubiger als vertraglich oder vertragsähnlich bezeichnet werden kann⁷.

¹ Guhl 489. Vgl. art. 754/55 OR.

² Art. 752/53 OR, art. 41 ff. OR.

³ Staub zu § 241 Anm. 23: «Tritt das Organ der Gesellschaft für seine Person in unmittelbare Rechtsbeziehung zum Aktionär oder zum Dritten, so bestimmt sich seine Haftung nach allgemeinen Grundsätzen.»

⁴ Widmer 112 ff. BGE 23 1071 ff.

⁵ Funk zu art. 754 OR Anm. 1.

⁶ Biggel 43. Senn 124. BGE 61 II 233; 76 II 309.

⁷ Weiss zu art. 674 aOR N. 6068. Vigier 99. Vgl. hinten 98/120.

B) Kontrakts- und Deliktsklage

1. Die Vertragsklage

Die Klage aus art. 754 OR ist ein Spezialfall der allgemeinen Vertragsklage nach art. 97 ff. OR⁸. Sie setzt voraus, dass die Verantwortlichen ihre vertraglichen Pflichten verletzt haben. Allgemein wird heute angenommen, dass es sich bei diesen nicht um Pflichten aus Dienstvertrag⁹, sondern um solche aus Auftrag handelt¹⁰. Diese Pflichten können sich aus allgemeinen aktienrechtlichen Vorschriften, wie z. B. der Pflicht zu sorgfältiger Geschäftsführung, als auch aus den Statuten oder Reglementen der Gesellschaft ableiten¹¹. Die Verteilung der Beweislast ergibt sich naturgemäss aus art. 97 OR: Der Beklagte muss nachweisen, dass ihm bei der Entstehung des Schadens keinerlei Verschulden zur Last falle. Eine spezielle Verjährungsfrist für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen aus Vertrag hat das rev. OR in art. 760 geschaffen. In Abweichung von den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung vertraglicher Ansprüche¹² beträgt sie fünf Jahre und beginnt mit dem Tage, da der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erhalten hat.

Der Verteilung der Beweislast kommt in den aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen grösste Bedeutung zu. Da einem einmal eingetretenen Schaden meist mehrere schädigende Handlungen zugrunde liegen und die geschäftliche Zweckmässigkeit dieser Handlungen der Verantwortlichen oft nur schwer zu überprüfen ist, wird auch der Nachweis von Schuld oder Nichtschuld der Beklagten zu einer sehr mühevollen Aufgabe. Wegen der für den Kläger günstigeren Verteilung der Beweislast bedeutet damit für den geschädigten Aktionär oder Gläubiger die Anhebung der Vertragsklage gegenüber der Deliktsklage eine Besserstellung in der Prozessführung, die er in jedem Falle anstreben wird. In der Praxis wird deshalb versucht, Verantwortlichkeitsklagen nach Möglichkeit auf art. 754/55 OR und nicht auf art. 41 ff. OR zu stützen¹³.

⁸ Vgl. Biggel 39 ff. Im aOR wichtig: art. 674 erfasst nur die absichtliche Schadenszufügung.

⁹ Becker Komm. zu art. 394 OR N. 18. K. Wieland II 139 ff. Biggel 24 Anm. 2.

¹⁰ Ausnahmen z. B. bei Delegierten des VR.

¹¹ K. Wieland II 139, Anm. 87. Kaeslin 51.

¹² Art. 127 OR.

¹³ BGE 41 II 82; 49 II 162.

2. Die Klage aus unerlaubter Handlung

Sie geht von den allgemeinen Rechtsgrundlagen des art. 41 ff. OR aus, setzt also eine Zuwiderhandlung gegen ein Gebot der Rechtsordnung (z. B. auch gegen die Vorschriften der art. 752/53 OR) voraus¹⁴. Die Deliktsklage gibt dem Kläger in materieller Hinsicht umfassendere Möglichkeiten, seine Ansprüche geltend zu machen, als die Vertragsklage. Nicht immer wird nämlich ein Schaden auf Verletzung der vertraglichen Pflichten der Verantwortlichen direkt zurückzuführen sein. Haben letztere mit ihren Handlungen jedoch ausserhalb des aktienrechtlichen Vertragsverhältnisses gegen ein allgemeines Gebot der Rechtsordnung verstossen, so werden sie den Geschädigten jedenfalls aus diesen unerlaubten Handlungen haftbar¹⁵. Wird eine Vertragsklage angehoben, so bleibt deswegen dem Kläger die Deliktsklage selbstverständlich nicht verschlossen.

In der aktienrechtlichen Praxis des aOR besass die Klage aus Delikt den unbestreitbaren Vorteil, dass sich mit ihr der in der damaligen Vertragsklage aus art. 674 aOR noch nicht enthaltene Tatbestand der fahrlässigen Schadenszufügung erfassen liess¹⁶. Nachdem die art. 754/55 des rev. OR diesen Mangel behoben haben, bietet sie dem Kläger keinen besonderen Anreiz mehr¹⁷, verlangt sie doch hinsichtlich der Beweislast von diesem, dass er das Verschulden des Beklagten nachweise. Auch bezüglich der Verjährung ist sie für den Geschädigten ungünstiger: Es greift die einjährige Frist des art. 60 OR Platz.

C) Die Klagen der Geschädigten

1. Die grundsätzliche Regelung

Die rechtliche Natur der Klage der geschädigten juristischen und natürlichen Personen bestimmt sich nach der Rechtsstellung, in der sie sich gegenüber den für den Schaden Verantwortlichen befinden. Liegt z. B. zwischen Kläger und Beklagten ein Vertragsverhältnis ausserhalb jeder aktienrechtlichen Bindung vor, so finden die allgemeinen Regeln über Verletzung von Verträgen nach art. 97 ff. OR Anwendung, sofern dem Beklagten keine unerlaubte Handlung nachgewiesen werden kann. Solche

¹⁴ Henggeler 52.

¹⁵ BGE 57 II 81.

¹⁶ Biggel 54. Jedoch immer nur, wenn ein Deliktstatbestand erfüllt war.

¹⁷ Auch hier geht die Leistung eines aus art. 41 ff. OR hergeleiteten Schadenersatzes bei mittelbarem Schaden an die Gesellschaft.

direkte Schädigungen sind bei der AG besonders in der Zeit der Gründung möglich¹⁸, liegen aber ausserhalb des Gebietes des Aktienrechts und interessieren uns hier weiter nicht. Wenn im folgenden die Natur der Klagen der einzelnen Kategorien von Geschädigten dargestellt wird, so soll dies nur um der Uebersicht willen geschehen. Besonders auf die Bedeutung der Unterscheidung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden soll nicht näher eingegangen werden, da diese im II. und III. Teil der Arbeit in ihren Einzelheiten dargestellt wird.

2. Die Klage der Gesellschaft

Die Gesellschaft kann sowohl durch die Gründer, als auch durch alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle beauftragten Personen, sowie durch die Liquidatoren geschädigt werden¹⁹.

a) Im ersten Fall ist ihre Klage deliktischer Natur; die Gründerhaftung ist eine typische Form der deliktischen Haftung²⁰. Verletzt sind die Vorschriften der art. 752/53 OR oder einzelne grundlegende Rechtssätze allgemeiner Art²¹. Die Frage, ob zwischen den Gründern und der noch nicht eingetragenen Gesellschaft trotz der Unterstellung des Rechtsverhältnisses unter die strengen Gründerbestimmungen auch vertragliche Beziehungen bestehen können, ist zwar in der Doktrin verschieden beantwortet worden²². Sie hat im geltenden Recht durch den Ausbau der Schutzbestimmungen für Zeichner und Gläubiger viel von ihrer Bedeutung verloren.

b) Im zweiten Fall bietet die Frage nach der Rechtsnatur der Klage gegen die Organe keine Schwierigkeiten. Die nach art. 754 OR verantwortlichen Personen stehen zur Gesellschaft in einem vertraglichen Verhältnis, welches durch die heutige Lehrmeinung einmütig als Mandat, resp. mandatähnlich qualifiziert wird²³. Ueber die Anhebung der Klage der Gesellschaft entscheidet von Fall zu Fall entweder die Generalversammlung, welche zu diesem Zwecke einen Bevollmächtigten ernennt, oder aber die Verwaltung, sofern sich die Klage gegen Direktoren oder Prokuristen richtet.

¹⁸ Sie werden aber oft auch durch die Prospekt- und Gründungsvorschriften der art. 752/53 OR erfasst.

¹⁹ Art. 752/54 OR. In gewissen Fällen auch durch die Aktionäre. Vgl. dazu A. Wieland, in: SJZ 46, 229 ff.

²⁰ Funk zu art. 753 OR Anm. 1. BGE 59 II 443.

²¹ BGE 46 II 456.

²² Hotz 176/77. A. Wieland, in: ZSR 43, 117. Vgl. hinten 60 ff.

²³ Für gleichzeitig rechtswidriges Verhalten kommt auch art. 41 OR zur Anwendung. Vgl. vorn 21. Art 394 OR. Vgl. Picononi 7, Anm. 3.

3. Die Klage des Aktionärs

Sie richtet sich gegen die Gesellschaft, die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen der Gesellschaft, die Liquidatoren und gegen die Gründer. Je nach dem Rechtsgrund der vorliegenden Verletzung und der Person des Verletzten kann sie vertraglicher oder deliktischer Natur sein.

a) gegen die Gesellschaft

Die Gesellschaft handelt durch ihre Organe, nämlich entweder durch die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen oder durch die Generalversammlung. Liegt zufolge der schädigenden Handlung eines dieser Organe ein Schaden des Aktionärs vor²⁴, so hat dieser die Möglichkeit, gegen die Organe vorzugehen oder den Generalversammlungsbeschluss anzufechten. In beiden Fällen ergeben sich keine Komplikationen. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Aktionär einerseits und der Gesellschaft und ihren Organen andererseits ist vertraglicher Natur²⁵. Dem Aktionär stehen den Organen gegenüber für seinen unmittelbaren und mittelbaren Schaden die Klagemöglichkeiten der art. 754/55 OR offen, während er gegenüber der Generalversammlung das Recht der Nichtigkeitsklage und der Anfechtungsklage nach art. 706 OR besitzt und die Reparation seines Schadens unter Umständen durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage geltend machen kann²⁶. Normalerweise wird aber der Aktionär im Falle einer Verletzung seiner Interessen durch die Gesellschaft²⁷ nicht gegen die Organe vorgehen. Diese haben ja nur die Beschlüsse der Generalversammlung ausgeführt, wenn vielleicht auch wider besseres Wissen. Er wird das Uebel an der Wurzel anpacken und den Weg der Anfechtungsklage beschreiten²⁸.

b) gegen die Organe

Das rev. OR hat auch dieser Klage einen eindeutigen Standort zugewiesen. Der Aktionär kann seinen unmittelbaren Schaden aus Vertrag

²⁴ Bei Schadenszufügung durch die geschäftsführenden Organe nur, wenn diese in Ausführung eines GV-Beschlusses handeln. Vgl. dazu aber: Weiss, in: SJZ 39 513, 529 ff.

²⁵ Vgl. vorn 21 ff. BGE 51 II 70; 67 II 174.

²⁶ Speziell bei Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen. Vgl. Piconi 60 ff. Barbey 124 ff.

²⁷ BGE 51 II 65 ff.; 62 II 2.

²⁸ Art. 706 OR.

einklagen, den mittelbaren nach art. 755 OR jedoch nur auf Leistung an die Gesellschaft²⁹.

c) gegen die Gründer

Die Legitimation des Aktionärs zur aktienrechtlichen Klage gegen die Gründer entsteht mit der Erwerbung der Aktionärsenschaft, d. h. mit dem Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister bei der Neugründung, mit dem Uebergang der Inhaberaktien auf seine Person und dem Eintrag im Aktienbuch bei Namensaktien, während des Bestehens der Gesellschaft³⁰. Vorher besitzt er für seinen unmittelbaren Schaden nur die Klagen des allgemeinen Schadenersatzrechts (art. 41 ff. OR), sowie, falls die Gründung nicht zustande kommt, diejenigen aus den art. 643/45 OR.

Die Frage der rechtlichen Stellung des Aktionärs gegenüber den Gründern in den verschiedenen Stadien der Gründung ist kompliziert und die Meinungen darüber in der Literatur gehen stark auseinander³¹. Grundsätzlich ist die Verantwortlichkeit der Gründer gegenüber den Aktionären deliktischer Natur und deren Klagen können sich auf art. 752/53 und art. 41 OR stützen. Für die Klage des Aktionärs kann bedeutsam sein, ob ihm der Schaden unmittelbar oder mittelbar entstanden ist³². Für Einzelheiten dieser Frage, insbesondere bezüglich der Wirkung der Entlastung, sei auf den III. Teil der Arbeit verwiesen.

4. Die Klage der Gläubiger

Bei der Beurteilung dieser Klage ist nicht wie bei derjenigen der Aktionäre auf die Person der Verantwortlichen, gegen die sich die Klage richtet, abzustellen, sondern auf die Rechtsgründe der Schädigung. Im Gegensatz zu ausländischen Gesetzgebungen³³ kennt das schweizerische Aktienrecht eine Einzelklage der Gläubiger aus Vertrag vor Konkursausbruch nicht. Wohl besitzt der einzelne Gläubiger nach art. 754/55 ein Klagerecht auf Ersatz des mittelbaren Schadens, er kann dieses aber nach art. 758 erst geltend machen, nachdem über die Gesellschaft der Konkurs

²⁹ Biggel 34.

³⁰ Hotz 184/202. a. M. Wehrli 121. Vgl. A. Wieland, in: SJZ 48 1 ff. Vgl. hinten 60 ff.

³¹ Ruegg 26. Hotz, 205, findet die Frage akademisch, nimmt aber allgemein doch eher ein vertragliches Verhältnis an.

³² Wehrli 122. Vgl. dazu BGE 76 II 319.

³³ Vgl. Piconi 212.

eröffnet worden und ihm von der Konkursverwaltung der Anspruch abgetreten ist. Anders bei den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung. Für eine Deliktsklage des Gläubigers besteht kein Hindernis, da das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Organen in diesem Falle nicht tangiert wird³⁴. Auch steht dieser Klage die Entlastung nicht entgegen³⁵. Die Klage des Gläubigers auf Ersatz des unmittelbaren Schadens ist vertraglicher Natur³⁶, während die Meinungen über die Natur der Klage auf Geltendmachung des mittelbaren Schadens auseinandergehen³⁷. An der Geltendmachung dieses Schadenersatzanspruches haben die Gesellschaftsgläubiger erst dann ein Interesse, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihren Schuldnerpflichten nachzukommen, d. h. wenn das Grundkapital die Gläubigerforderungen nicht mehr deckt.

Zusammenfassend kann gesagt werden: Der Anspruch der Gläubiger auf Ersatz des unmittelbaren Schadens ist grundsätzlich vertraglicher Natur. Da sowohl Gründer wie Organe die Gläubiger aber auch durch Verletzung von allgemeinen Rechtsnormen schädigen können, haften sie auch aus unerlaubter Handlung (art. 41 ff. OR). Beide Klagen können zu jeder Zeit durch jeden Einzelgläubiger geltend gemacht werden.

Schädigen die mit der Gründung, Geschäftsführung, Verwaltung und Kontrolle betrauten Personen die Gläubiger mittelbar, so steht vorerst nur der Gesamtheit aller Gläubiger ein Anspruch zu, und dies erst, nachdem über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist. Erst in diesem Zeitpunkt sind die Gläubiger zur Anhebung der Schadenersatzklage legitimiert. Zwischen der Gesamtgläubigerschaft (Masse) und den verantwortlichen Personen ist u. E. bei Vorliegen mittelbaren Schadens ein vertragsähnliches Verhältnis anzunehmen, zwischen dem Einzelgläubiger und diesen jedoch nicht³⁸.

Die Klage des Gläubigers gegen die Gesellschaft schliesslich richtet sich nach allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen und bedarf keiner Erläuterung. Die Wirkungen der Entlastung auf die Rechte der Gläubiger erfahren unten eine eingehendere Untersuchung³⁹.

³⁴ K. Wieland II, 140/141. Henggeler 56.

³⁵ Vgl. hinten 116 ff.

³⁶ Vgl. Piconi 195. BGE 23 II 1071 ff. Vigier 57.

³⁷ A. Wieland, in: ZSR 23, 269. Piconi 197. Biggel 37: Betrachtet sie als Erweiterung der vertraglichen Haftung.

³⁸ Hotz 208 ff. Henggeler 55. a. M. Biggel 39.

³⁹ Vgl. hinten 116 ff.

Auf die interessante Frage nach der rechtlichen Stellung der Gläubiger gegenüber den Aktionären im Falle von rechtswidrigen Bezügen aus dem Gesellschaftsvermögen (Dividenden, Bauzinsen etc.) kann hier nicht eingetreten werden (vgl. dazu A. Wieland, in: SJZ 46, 229 ff.).

§ 3. Die verantwortlichen und die berechtigten Personen

A) Allgemeines

1. Verantwortlichkeit und Berechtigung

Zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist die Pflicht einer Person, den Schaden zu beheben, den eine andere Person als Folge des die Verantwortlichkeit begründenden Ereignisses erleidet. Die Verantwortlichkeit kann sich aus einem Vertrag ableiten; es ist der Schaden zu reparieren, der dem Vertragspartner durch Nichterfüllung des Vertrages entstanden ist. Die Verantwortlichkeit kann sich aber auch aus der Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften ableiten¹. Dann bedeutet sie die Fähigkeit, unerlaubte Handlungen im Sinne des Rechts zu begehen². Im Sprachgebrauch der Praxis hat sich die Bedeutung der Begriffe Verantwortlichkeit und Haftung ineinander verschoben. Während Verantwortlichkeit erst eine Anspruchsberechtigung begründet, heisst «haften» dem Zugriff eines Anspruchsberechtigten ausgesetzt sein³.

Der Begriff der Berechtigung im Sinne unserer Arbeit ist klar. Er bildet das Korrelat zur Verantwortlichkeit resp. zur Haftung. Dem aus Verantwortlichkeit Verpflichteten steht der Berechtigte gegenüber.

2. Die Personen

Im Bereiche des Aktienrechts kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen als Träger von Rechten und Pflichten vor. Sie treten als Verantwortliche und Berechtigte in dem Rahmen handelnd auf, der ihnen durch die allgemeine Rechtsordnung gesetzt ist. Nach art. 53 ZGB ist die juristische Person derjenigen Rechte und Pflichten nicht fähig, welche natürliche Eigenschaften des Menschen voraussetzen. Darum ist die Verantwortlichkeit der juristischen Personen im Aktienrecht im wesentlichen nur eine solche vermögensrechtlicher Art. Die AG kann wohl mit

¹ Savatier II, 360 Anm. 1.

² O. Gierke III, 905 Ziff. 1.

³ Biggel 10.

ihrem Vermögen für die rechtswidrigen Handlungen ihrer Vertreter haftbar gemacht werden, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit jedoch kann sie nicht treffen⁴.

Verantwortlich im engeren Sinne sind auch in erster Linie die natürlichen Personen, nicht z. B. die Organe als organisierte Vielheit von Handelnden, als sogenanntes Kollegium. Die aktienrechtliche Haftung muss sich gegen bestimmte, vermögensfähige Rechtssubjekte richten, wenn sie überhaupt einen Zweck haben soll⁵.

3. Die Solidarität

a) der Verantwortlichen

Das rev. OR hat im Gegensatz zum aOR die Solidarität der Verantwortlichen selbst ausdrücklich in art. 759 sowohl für die deliktische, als auch für die vertragliche Haftung geregelt⁶. Danach haften mehrere Personen, die für denselben Schaden verantwortlich sind, solidarisch. Es wird damit festgestellt, dass — entgegen der Lösung im aOR — nicht grundsätzlich alle Mitglieder der verantwortlichen Organe solidarisch haften, sondern nur diejenigen Personen, die aus der gleichen Schadenszufügung ersatzpflichtig werden⁷. Für den Rückgriff unter diesen Beteiligten stellt der Richter auf die Schwere des Verschuldens ab, jedoch hat diese Abstufung nur im Innenverhältnis der Organe Gültigkeit. Bei der echten Solidarität gibt es keine Berufung auf ein geringeres Mass des Verschuldens im Verhältnis zum Geschädigten⁸. Diese Verschuldensnorm schliesst nicht nur schuldhaftes Handeln, sondern auch schuldhaftes Unterlassen in sich⁹. Stimmenthaltung eines Mitgliedes des Verwaltungsrates anlässlich eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsbeschlusses muss z. B. in diesem Sinne gewertet werden.

b) der Berechtigten

Die Frage, ob zwischen den verschiedenen Kategorien von Berechtigten in einem Verantwortlichkeitsprozess ein Solidarverhältnis bestehe, hatte zur Zeit des aOR eine gewisse Bedeutung. Für die Geltendmachung des

⁴ Ausnahmen im Fiskalstrafrecht (z. B. im Steuerstrafrecht). Vgl. H. Zimmermann 62 Anm. 1. BGE 64 I 53.

⁵ Widmer 83.

⁶ Art. 50, 143 OR. K. Wieland II, 131.

⁷ Biggel 150. Hotz 196. BGE 76 II 320.

⁸ BGE 59 II 370.

⁹ Vigier 42. BGE 59 II 58.

unmittelbaren Schadens schliesst sie sich naturgemäss aus¹⁰, wohl aber wurde sie in der Doktrin für die Begründung eines Anspruchs der Aktionäre und Gläubiger auf Ersatz des mittelbaren Schadens durch Leistung an die Gesellschaft herangezogen. Aus der Konstruktion eines Solidarverhältnisses zwischen der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern durch A. Wieland¹¹ entwickelte sich zwischen diesem Autor und dem Bundesgericht ein Streit, in welchem dieses zwar materiell der Wieland'schen Lösung zustimmte, das Vorliegen von Solidarverhältnissen resp. von Solidarforderungen jedoch in Zweifel zog¹². Die Frage blieb weiterhin kontrovers¹³. Sie hat im rev. OR ihre Bedeutung durch die Einführung des art. 755 OR verloren. Soweit sich das Problem bei der Behandlung von Einzelfragen der aktienrechtlichen Schadensregulierung wieder stellt, soll darauf im III. Teil unserer Betrachtungen eingegangen werden.

B) Die verantwortlichen Personen

1. Nach Gesetz

Art. 752 OR bestimmt, dass jede Person, gleichgültig, in welchem rechtlichen Verhältnis sie zur Gesellschaft stehe, aus der Veröffentlichung von unrichtigen oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechenden Angaben, den Aktionären und Obligationären für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich wird. Diese Haftung aus Prospekten und Zirkularen erfasst also einen unbeschränkten Kreis von Personen. Sie ist die typische Form der Haftung aus unerlaubter Handlung. Daneben stellt das Gesetz in art. 753 OR positive Vorschriften über die Art und den Umfang der Haftung bei der Gründertätigkeit in der Gesellschaft auf¹⁴. Der Kreis der Verantwortlichen wird schliesslich durch die Bestimmungen des art. 754 OR geschlossen, wonach alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle, sowie auch alle mit der Liquidation betrauten Personen für den von ihnen verursachten Schaden haftbar erklärt werden. Bei einem Vergleich mit den entsprechenden Artikeln des alten

¹⁰ Ausnahme: Der direkte Schaden der Gesellschaft, da dieser für weitere Berechtigte eine indirekte Schädigung erzeugt.

¹¹ ZSR 23, 268. SJZ 15, 111 ff.

¹² BGE 44 II 38 ff. Das BGer führt aus, dass die Lösung Wielands «den praktischen Erfordernissen am besten genüge».

¹³ Biggel 117 ff.

¹⁴ Betr. Abgrenzung zwischen art. 752 und 753 vgl. Schucany zu art. 753 Anm. 2.

OR¹⁵ ergibt sich, dass das rev. OR den Kreis der verantwortlichen Personen beträchtlich weiter gezogen hat, indem es neu ausdrücklich auch die Geschäftsführer und Liquidatoren erwähnt. Es zieht damit die Konsequenzen aus den Lehren der Praxis des alten OR, wo besonders die Rechtsstellung der Geschäftsführer und ihre Verantwortlichkeiten von Fall zu Fall durch die Rechtssprechung bestimmt werden musste¹⁶.

2. Die Gründer

Wie Henggeler¹⁷ zutreffend anführt, ist statt des meistgebrauchten Begriffes der Gründerhaftung eher von einer Gründungshaftung zu sprechen. Das BGer hat in verschiedenen Entscheiden¹⁸ festgestellt, dass die Gründer im Sinne des Gesetzes nicht identisch sein müssen mit den Personen, die sich mit eigentlichen Gründungshandlungen für die Gesellschaft befassen. Gründer ist nicht nur der, der als solcher nach aussen auftritt, sondern auch der, welcher auf mittelbare Weise zur Gründung der AG beiträgt. Diese extensive Auslegung des rechtlichen Gründerbegriffes führt dazu, dass praktisch jedermann als verantwortlich für diejenigen Rechtshandlungen erklärt werden kann, die zur Gründung der AG im weitesten Sinn beigetragen haben. Jedoch ist in gewissen Fällen der Nachweis des bösen Glaubens der Handelnden erforderlich¹⁹.

In der Praxis werden von dieser Auslegung insbesondere das Strohmannertum und die unlauteren Gründungsvorgänge erfasst. Aber auch der Anwalt, der Notar, der Protokollführer der Gründungsversammlung, die Urkundsbeamten und die Darlehensgeber werden in diese Verantwortlichkeit miteinbezogen.

Der Sinn der Strenge dieser Bestimmungen liegt darin, dass der Gesetzgeber mangels einer persönlichen Haftbarkeit der Mitglieder der AG die einzige, den Gläubigern haftende Kreditbasis, das Grundkapital, unter allen Umständen sichern wollte. Es soll nicht schon bei der Gründung durch irgendwelche Machinationen vorgetäuscht werden können²⁰.

¹⁵ Art. 673/74 aOR.

¹⁶ BGE 48 II 6.; 48 II 56. Zimmermann 69. Auch die Gesellschaft als solche kann verantwortlich werden. Vgl. A. Wieland, in: SJZ 43, 117.

¹⁷ Henggeler 16.

¹⁸ BGE 59 II 442; 76 II 166; 76 II 307, sowie Entscheid vom 21. März 1950 i. Schw. AG 23. Jg., Nr. 6.

¹⁹ z. B. bei kurzfristigen Darlehen an die Gründer zur fiktiven Liberierung des Grundkapitals.

²⁰ Henggeler 17. Schucany zu art. 753 OR Anm. 3.

Die bisherigen Ausführungen über die Person des Gründers gelten aber nach art. 650 rev. OR nicht bloss für die eigentliche Neugründung der AG²¹, sondern finden analoge Anwendung, wenn z. B. anlässlich von Kapitalerhöhungen neue Aktien ausgegeben werden. Auch in dieser Situation, also während des Bestehens der Gesellschaft, haften alle Personen, die bei der Neuausgabe der Aktien irgendwie tätig sind, für den von ihnen nach Massgabe ihres Verschuldens verursachten Schaden.

3. Die Organe der Gesellschaft

Mit «Organ» werden alle irgendwie gearteten Funktionsträger der AG bezeichnet, die die Gesellschaft Dritten gegenüber vertreten können, sofern diese Vertretung nicht als eine einmalige, sondern im Verlauf einer kontinuierlichen Geschäftsführung enthalten erscheint²². Diese Fassung des Organbegriffes ist jedoch unvollständig und, wie die zahlreiche Literatur darüber beweist, noch heute in seiner Deutung umstritten²³.

Vor dem 1. Juli 1937 hatten Rechtsprechung und Schrifttum bei der Untersuchung, ob einer physischen Person die Eigenschaft eines Organs zukam, im wesentlichen auf art. 55 ZGB abgestellt²⁴. Sowohl das aOR, wie auch das rev. OR kennen in den Verantwortlichkeitsbestimmungen den Begriff des Organs nicht, sondern sprechen vielmehr von den «mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen». Die art. 718 und 754 rev. OR stellen nun nicht mehr auf die Auslegung des art. 55 ZGB ab, sondern sind im Verhältnis zu diesem *leges speciales*. Organqualität im Sinne der älteren Lehre ist für die aktienrechtliche Haftung nicht mehr notwendige Voraussetzung²⁵. Die art. 718 und 754 Abs. 1 sprechen von den mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten oder zur Vertretung befugten Personen und bezeichnen damit einen Kreis von haftbaren Personen, der weit über das hinausreicht, was der eigentliche Organbegriff nach art. 55 ZGB zum Inhalt hat.

²¹ Im Gegensatz zu aOR vgl. K. Wieland II, 163.

²² Vgl. Fischer III, 1, S. 211 ff. Bezüglich des spezifisch aktienrechtlichen Organbegriffes vgl. H. Zimmermann, in «Die AG i.n. OR», H. 9, 1946, 61 ff.

²³ Vgl. Steinbrüchel 5 ff., Oftinger Bd. II 482 ff. Henggeler 31. Biggel 13 ff. Egger: Festgabe für Bachmann 76 ff.

²⁴ H. Zimmermann 61 ff. Oftinger II, 484.

²⁵ Biggel 14. Kaeslin 18. H. Zimmermann 64. Henggeler 31. Steinbrüchel 34/35. Vgl. BGE 34 II 497; 41 II 81; 48 II 1; 68 II 296; 72 II 66.

Wenn deshalb im folgenden in dieser Arbeit einfachheitshalber von «Organen» gesprochen wird, so sind damit immer alle diejenigen Personen gemeint, für welche die art. 718 und 754 rev. OR eine besondere Verantwortlichkeit statuiert haben.

Eine Abgrenzung nach unten, nämlich gegenüber den blossen Hilfspersonen der Gesellschaft, muss darin gesehen werden, dass den in art. 718/754 genannten Personen bestimmte höhere, selbständige Verwaltungsbefugnisse von gewisser Wichtigkeit oder Vertretungsbefugnis von bestimmter Dauer im Rahmen der Geschäftsführung zustehen muss. Jede andere Tätigkeit für die Gesellschaft ist blosser Hilfstätigkeit und damit Privattätigkeit, auf welche die aktienrechtlichen Haftungsgrundsätze nicht anwendbar sind²⁶.

Als Organe der Gesellschaft im oben erwähnten, weitesten Sinn, kommen in Betracht: Die Generalversammlung der Aktionäre, die Verwaltung im weiteren Sinn, die Geschäftsführer und eine Kontrollstelle.

Die Generalversammlung ist das oberste Organ einer Gesellschaft. Da sie sich aus den Aktionären zusammensetzt und ihren Willen durch einfache oder qualifizierte Mehrheiten in Abstimmungen bildet, ist ihre Verantwortlichkeit gegenüber dem Einzelaktionär und dem Gläubiger besonderer Art. Gegen Beschlüsse der Generalversammlung kann nur durch Anfechtungsklagen und nur durch die Aktionäre oder durch die Verwaltung vorgegangen werden²⁷. Die Generalversammlung ist nicht die Gesellschaft selbst. Sie ist nicht Träger der Rechte und Pflichten derselben, sondern nur bestimmt, ihren Willen zu bilden, als Organ für sie zu handeln²⁸. Andererseits kann sie sich nicht an der Geschäftsführung beteiligen, denn diese Funktionen sind durch Gesetz der Verwaltung zugewiesen.

Die wichtigste Bedeutung im Geschäftsleben der AG kommt den Verwaltungsorganen zu. Zu der sogenannten höheren Verwaltung gehört der Verwaltungsrat mit seinem Präsidenten und seinen Delegierten; zu der niederen oder unteren Verwaltung sind die Geschäftsführer²⁹, nämlich die Direktoren, Prokuristen und die Handlungsbevollmächtigten, zu rechnen. Diese Abstufung nach den Funktionen ist rein formeller Art, in der

²⁶ Ueber die Abgrenzung zwischen Organ und Hilfsperson vgl. Steinbrüchel 51 ff. H. Zimmermann 67 ff.

²⁷ Den Gläubigern ist die Nichtigkeitssklage nicht verwehrt. Vgl. «Inhibitionsklage» bei Biggel 178.

²⁸ K. Wieland II, 144. v. Steiger 178.

²⁹ Im BankG auch: Oberleitung. H. Zimmermann 67 ff.

Praxis kommt meist der unteren Verwaltung, resp. der Geschäftsführung, die grössere Wichtigkeit zu. Die Stellung der Verwaltung ist im schweizerischen OR in Anlehnung an das angelsächsische und romanische System geordnet. Im Gegensatz zum deutschen Recht sind im schweizerischen Aktienrecht Verwaltungs- und Aufsichtsbefugnisse in der Verwaltung der AG nicht ausdrücklich geschieden³⁰.

Eine Abgrenzung in den Befugnissen des Verwaltungsrates und der Geschäftsführer zu treffen, fällt oft schwer. Sie ist von Gesellschaft zu Gesellschaft nach anderen Gesichtspunkten vorzunehmen. Seit dem Inkrafttreten des rev. OR hat sich die schon im alten OR aufgetretene Tendenz noch weiter verstärkt, dass die Funktionen des Verwaltungsrates als Organ, von der eigentlichen Geschäftsführung zurückgegangen sind auf solche blosser Ueberwachung der mit der Geschäftsführung beauftragten Dritten. «Le conseil d'administration règne, mais il ne gouverne pas»³¹.

Allgemein kann gesagt werden, dass in die Befugnisse der höheren Verwaltung fallen: Beschlussfassung in Fragen allgemeinen Interesses und besonderer Wichtigkeit für den gesamten Gang des Unternehmens, Entscheidungen über Richtlinien und Grundsätze des Vorgehens der Gesellschaft, Erweiterung und Veränderung des Betriebes etc. In die Befugnisse der Geschäftsführung fällt die kommerzielle und technische Leitung, d. h. die gesamte Tätigkeit, die zum gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens gehört³². Um den geschäftsführenden Personen die Qualität von Organen i.w.S. zu verleihen, ist der Eintrag im Handelsregister nicht Voraussetzung, da dieser nur in Erfüllung einer Ordnungsvorschrift erfolgt³³.

Zu den Organen der AG zählt ferner die Kontrollstelle. Die Pflichten ihrer Mitglieder sind in art. 727/31 OR umschrieben. Der lediglich formellen Kontrollpflicht im aOR steht heute im rev. OR eine erweiterte Pflicht der Prüfer gegenüber. Sie soll die Ueberprüfung der gesamten Vermögenslage einer Gesellschaft auch in materieller Hinsicht, speziell im Hinblick auf die Bewertungsgrundsätze der einzelnen Bilanzposten, umfassen³⁴. Jedoch soll der Pflichtenkreis der Kontrollstelle nicht soweit gefasst sein, dass sie die Verwaltungstätigkeit der AG ständig überwacht

³⁰ v. Steiger, in: «AG i. n. OR», H. 4, 3.

³¹ H. Zimmermann 34.

³² v. Steiger, in: «AG i. n. OR», H. 4, 2 ff. H. Zimmermann 22.

³³ H. Zimmermann 67. Vgl. vorn 33.

³⁴ Graner, in: «AG i. n. OR» H. 3, 2.

und damit zur Nebenverwaltung wird³⁵. Es ist für die Abgrenzung der Verantwortlichkeiten aus Kontrolle wichtig, dass zwischen der internen und der externen Kontrollstelle einer Gesellschaft unterschieden wird. Organqualität im Sinne des Gesetzes kommt nur der internen Kontrollstelle zu; nur sie wird aktienrechtlich verantwortlich. Da für die Tätigkeit der externen Kontrollstelle meist ein fest umrissener Revisionsauftrag der Gesellschaft vorliegt, beurteilt sich deren Haftung nach allgemeinen Grundsätzen des Mandatsrechtes³⁶.

4. Die Liquidatoren, Sachwalter und Kommissäre

Art. 754 OR nennt unter den verantwortlichen Personen auch die Liquidatoren. Daneben kennt art. 725 Ziff. 4 OR beim Konkursaufschub durch den Richter die Bestellung eines Sachwalters³⁷. Das Amt des Kommissärs hingegen ist hier im Wortlaut des OR nicht enthalten, doch spielt es in art. 30 ff. des BankG eine wichtige Rolle. Die Verantwortlichkeit der Liquidatoren, Sachwalter und Kommissäre ist die gleich strenge, wie die der übrigen Organe. Ihre Pflichten sind ihnen grundsätzlich nicht vorgeschrieben; sie haben nach bestem Wissen und Können zu handeln. Ihre Sorgfalt muss die des diligens pater familias sein. Da ihre Entscheidungen meist im Bereiche des freien Ermessens liegen, muss ihnen, um ihre Haftbarkeit zu behaupten, ein grobes Verschulden nachgewiesen werden³⁸. In der Praxis fällt es nämlich schwer, einer dieser Personen ein fahrlässiges Verschulden zur Last zu legen, insbesondere, da die Gläubiger das Recht haben, nach art. 30 Ziff. 3 Bank G jederzeit beim zuständigen Gericht gegen die laufenden Verfügungen der Sachwalter und Kommissäre Beschwerde zu führen. Die Unterlassung solcher Beschwerden seitens der Gläubiger wird somit als Billigung dieser Handlungen zu werten sein³⁹. Liquidatoren, Sachwalter und Kommissäre haben bei ihren Verfügungen hauptsächlich darauf zu achten, dass das Prinzip der Gleichberechtigung unter den Aktionären oder unter den Gläubigern gewahrt wird. Die in der Praxis selten vorkommenden Verantwortlichkeitsprozesse beziehen sich denn auch meist auf Fälle von Verletzung dieser Prinzipien⁴⁰.

³⁵ Graner a.a.O. 9.

³⁶ Sie kann aber auch unter die Prospekt- und Gründerverantwortlichkeit fallen.

³⁷ Henggeler 46 ff.

³⁸ Was beim vertraglichen Charakter ihrer Haftung praktisch auf eine Umkehr der Beweislast herauskommt.

³⁹ Henggeler a.a.O.

⁴⁰ Einzelheiten und praktische Fälle vgl. hinten II. Teil.

5. Die Urkundspersonen

Der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern gegenüber für einen Schaden haftbar werden können endlich auch die Urkundspersonen⁴¹, die bei der AG in allen denjenigen Belangen tätig sind, für die das Gesetz oder die Statuten eine öffentliche Beurkundung verlangen. Dies ist insbesondere bei der Gründung und bei der Verbreitung von Prospekten und Zirkularen der Fall. In der Literatur ist die Frage allerdings strittig, ob die Haftung der Urkundspersonen unter die strengen Bestimmungen über die Prospekt- und Gründerhaftung zu stellen sei⁴². Im Hinblick auf die wichtige Funktion, die diesen Personen in ihrer Tätigkeit bei der AG gegenüber der Öffentlichkeit zukommt, ist aber u.E. mit Stokar⁴³ diese Unterstellung anzunehmen.

C) Die berechtigten Personen

1. Grundsätzliches

Zur Geltendmachung des Schadenersatzes im Sinne unserer Arbeit berechtigt sind die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger⁴⁴. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass nur demjenigen eine Klage gegeben ist, der ein Interesse daran nachweisen kann. Die Verhältnisse in der AG sind nun aber insofern besonderer Art, als hier das Prinzip durchbrochen wird, dass nur derjenige einen Schaden geltend machen kann, der nachweist, dass ihm durch das Verhalten des Vertragspartners direkt ein Schaden entstanden ist⁴⁵. Damit, dass das rev. OR die Unterscheidung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden positiv getroffen hat, hat es ausdrücklich anerkannt, dass bei Vorliegen einer Schädigung der Gesellschaft durch die verantwortlichen Personen, dieser Schaden nicht nur im Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Organen repariert werden kann. Aktionäre und Gläubiger haben ein indirektes, aber nicht minder wichtiges Interesse an dieser Schadensregulierung und damit ist ihnen auch eine Klage gegeben⁴⁶.

⁴¹ Handelsregisterführer, Notare, Anwälte.

⁴² Ablehnend Hotz 86 ff.

⁴³ a.a.O. 106/107, der in seiner Arbeit die Materie eingehend untersucht.

⁴⁴ Im Falle des art. 752 jedoch nicht die Gläubiger schlechthin, sondern nur die Obligationäre.

⁴⁵ Vgl. vorn 20 ff. und dort angeführte Literatur.

⁴⁶ Art. 755 OR. K. Wieland II, 4 ff. Vigier 12.

Der Begriff «Berechtigte» hat hier einen doppelten Sinn: Den Berechtigten steht nämlich zu:

1. Berechtigung zur Klage,
2. Recht auf Schadenersatz.

Es wird an anderer Stelle zu zeigen sein, unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen den drei Kategorien von Berechtigten ein Klageanspruch gegeben ist⁴⁷. Im Interesse der Uebersicht sei hier der Aufzählung der Verantwortlichen eine solche der berechtigten Personen gegenübergestellt.

2. Die Gesellschaft

Sie erlangt ihre Rechtsfähigkeit mit dem Eintrag ins Handelsregister, kann also auch erst von diesem Zeitpunkt an aktivlegitimiert sein. Als juristische Person handelt sie durch ihre Organe und, falls sich Ansprüche aus Verantwortlichkeit gegen diese ergeben, durch einen Bevollmächtigten der Generalversammlung⁴⁸.

3. Die Aktionäre

Klagevoraussetzung in der Person des Berechtigten ist seine Aktionärqualität. Auf Einzelheiten der interessanten Frage, ob und inwieweit ein «Noch-nicht-Aktionär» oder ein Aktionär, der seine Aktien verkauft oder verpfändet hat, seine Rechte geltend machen kann, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingetreten werden⁴⁹.

Ein Klagerecht von Aktionärminderheiten kennt das schweizerische Recht im Gegensatz zu verschiedenen ausländischen Lösungen nicht⁵⁰.

4. Die Gläubiger

Wer als Gläubiger zu betrachten ist, ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen des OR. In unserem Fall ist es derjenige, mit dem die AG während ihres Bestehens eine geschäftliche Verpflichtung eingegangen ist. Den Gläubigern steht kein Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen zu-, obwohl solche Beschlüsse, die ja grundsätzlich nur gesellschaftsintern wirksam werden, praktisch erhebliche Reflexwirkungen

⁴⁷ Vgl. hinten 38 ff.

⁴⁸ Hotz 198.

⁴⁹ Vgl. dazu Hotz 202 ff., Biggel 91, BGE 33 II 361.

⁵⁰ Vgl. K. Wieland II, 135, Biggel 135 ff., Picononi 171, § 123 deutsches AGes. vom 30. Januar 1937, Art. 17/39 des franz. Code de Commerce von 1867, Art. 152 ff. des ital. Codice di Commercio von 1882.

gegenüber dritten Gläubigern aufweisen können⁵¹. Im Falle eines Konkurses der AG ist es notwendig, dass die Gläubigereigenschaft schon zur Zeit des Konkursausbruches bestanden hat⁵².

Für die Legitimation zur Klage ist entscheidend, ob der Gläubiger nach Eintritt des Schadensereignisses bei der AG Gläubiger der Gesellschaft geworden ist und ob er z. B. dieser in Kenntnis des eingetretenen Schadens den Kredit gewährte⁵³.

Zu unterscheiden ist ferner zwischen dem Einzelgläubiger und der Gesamtgläubigerschaft. Diese Abgrenzung hat für das schweizerische Recht darum ihre Bedeutung, weil das OR im Gegensatz zu ausländischen Gesetzgebungen im Falle mittelbaren Schadens keine Einzelklage des Gesellschaftsgläubigers für die Geltendmachung des der Gesellschaft zustehenden Schadens kennt. Zur Klage legitimiert nach art. 754/55 OR ist vorerst nur die Gesamtgläubigerschaft, der Einzelgläubiger erst nach Abtretung im Sinne von art. 260 SchKG⁵⁴.

§ 4. Die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit

A) Allgemeines

Um den Ueberblick über die Grundfragen der Verantwortlichkeit in der AG zu vervollständigen, sei nun noch kurz auf die wesentlichsten Voraussetzungen und Beschränkungen der Klage gegen die Verantwortlichen eingegangen. Es kann sich jedoch nicht darum handeln, die einzelnen Fälle von Klagebeschränkungen, die sich aus den vielerlei Möglichkeiten aktienrechtlicher Schädigung ergeben, in unserer Betrachtung erschöpfend aufzuzählen. Diese sollen im II. und III. Teil an Hand praktischer Schadensbeispiele aufgezeigt und gewürdigt werden.

Das Recht knüpft die Geltendmachung einer Klage an allgemeine Tatbestandsmerkmale, nämlich nach der objektiven Seite hin an das Vorhandensein eines Schadens, nach der subjektiven Seite hin an das Vorliegen eines Verschuldens, sei es aus Vertragsverletzung oder aus Delikt, und an das Bestehen eines Kausalzusammenhanges zwischen dem wider-

⁵¹ Biggel 95/100, Hotz 209.

⁵² Vigier 37 ff. Hotz 208. Vgl. hinten 114 ff.

⁵³ Hotz 212.

⁵⁴ Vgl. Picenoni 212.

rechtlichen Verhalten und dem Schaden¹. Diese allgemeinen Voraussetzungen gelten auch für das Aktienrecht. Inwieweit das Gesetz besondere aktienrechtliche Voraussetzungen und Beschränkungen fordert, wird später zu zeigen sein².

B) Der Schaden

Das Vorliegen eines Schadens³ ist eine erste Voraussetzung für die Klage aus Verantwortlichkeit. Aus der Fassung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften ergibt sich, dass es sich in unserem Fall um Vermögensschaden handeln muss. Stellt man auf die Person des Geschädigten ab, so kann sich ergeben, dass z. B. wohl eine Pflichtverletzung der Verantwortlichen gegenüber der Gesellschaft vorliegt, dieser aber dadurch kein Schaden entstanden ist. Geschädigt sind hingegen die Aktionäre oder Gläubiger, insbesondere im Falle der Verletzung von Vorschriften, die speziell zu ihren Gunsten aufgestellt sind⁴. Für die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger ist wesentlich, dass auch das Vorliegen eines ihnen nur mittelbar entstandenen Schadens nach art. 755 OR einen Schadenersatzanspruch begründet⁵.

C) Widerrechtlichkeit und Verschulden

Entsprechend den Möglichkeiten einer aktienrechtlichen Schadenszufügung aus Vertrag oder aus Delikt, besteht das Verschulden der Verantwortlichen entweder darin, dass sie eine ihnen aus Vertrag erwachsene Pflicht absichtlich oder fahrlässig verletzen, oder ebenfalls absichtlich oder fahrlässig gegen die Vorschriften des Gesetzes verstossen⁶. In beiden Fällen ist die Widerrechtlichkeit des Verhaltens gegeben. Das Verschulden spielt in der Schadensregulierung bei den Aktiengesellschaften eine grosse Rolle. Auch hier gilt der Grundsatz der billigen Haftungsverteilung nach dem Grade des Verschuldens⁷. Er hat jedoch nur im Innenverhältnis der Gesellschaft resp. der Verantwortlichen Gültigkeit. Im Aussenverhältnis haften die Verantwortlichen den geschädigten Dritten gegenüber solidarisch. Nachdem im rev. OR nach art. 752/54 auch für fahrlässiges Ver-

¹ v. Tuhr § 47, 365 ff. Vigier 44. Biggel 51 ff.

² Vgl. dazu: Hotz 173 ff.

³ Vgl. hinten 43 ff.

⁴ Biggel 69. z. B. beim Verbot des Erwerbs eigener Aktien.

⁵ Vgl. hinten 86 ff. Senn 140. BGE II 243; 61 II 231.

⁶ Vgl. v. Tuhr I, 340. Oser Komm. zu art. 41 N. 56/63.

⁷ Egger, F.schr. f. Bachmann, 76. BGE 68 II 303.

schulden gehaftet wird, gilt dieses Prinzip nun für das gesamte Recht der AG⁸. In der Praxis hat bei der Beurteilung des Verschuldens besonders der Begriff der «Sorgfalt» Schwierigkeiten bereitet. Im Falle einer unerlaubten Handlung der Verantwortlichen bedarf er keiner Auslegung. Anders beim Verschulden aus Vertragsverletzung. In diesem Fall lässt sich für das Mass der anzuwendenden Sorgfalt kein allgemeingültiger Gradmesser aufstellen, da im Geschäftsleben der AG kaufmännisches, industrielles, technisches und finanzielles Ermessen das Geschäftsgebahren und die Geschäftsführung bestimmen⁹. Das Mass der Sorgfalt richtet sich nach der Natur des Vertrages, der Art des Unternehmens und nach den zeitlich gegebenen Umständen. Es soll selbstverständlich dasjenige der «Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes» nicht unterschreiten.

Vom Rechtsgrund der Verletzung hängt die Verteilung der Beweislast ab. Nach art. 97 OR ist im Falle der Haftung aus Vertrag das Verschulden durch den Kläger nur zu behaupten. Sache der Beklagten ist es dann, nachzuweisen, dass sie kein Verschulden treffe. Bei der Deliktshaftung ist demgegenüber die Widerrechtlichkeit einer Handlung und das Verschulden des Beklagten vom Kläger zu beweisen¹⁰.

D) Kausalzusammenhang

Schliesslich haften die verantwortlichen Personen nicht für ihre gesetz- oder vertragswidrigen Handlungen schlechthin, sondern nur für den durch diese Handlungen entstandenen Schaden¹¹. Der adäquat kausale Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem entstandenen Schaden¹², muss in jedem Falle vom Kläger nachgewiesen werden. Die Gerichtspraxis hat an diesen Nachweis einerseits äusserst strenge Massstäbe gelegt¹³, andererseits hat sie bei der Würdigung der für den Nachweis des Kausalzusammenhanges vorgebrachten Tatsachen dem freien Ermessen breiten Raum gegeben. Das BGer erachtet diesen Nachweis z. B. als erbracht, wenn auf Grund des schädigenden Verhaltens mit dem Eintritt des Schadens nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Er-

⁸ Ausnahme: art. 753 III OR.

⁹ H. Zimmermann 46. Hotz 186.

¹⁰ Henggeler 14. Vgl. hinten 119 ff.

¹¹ Henggeler 14.

¹² Evtl. auch nur für einen Teil des Schadens. Vgl. Biggel 69.

¹³ BGE 36 II 551; 49 II 247.

fahrungen des Lebens gerechnet werden musste¹⁴. Ist der Kausalzusammenhang in seinen materiellen Grundlagen aber lückenhaft, so ist die Klage abzuweisen¹⁵. Das rev. OR hat in dieser Hinsicht keine Neuerungen gebracht.

E) Besondere Klagebeschränkungen

Es kann an dieser Stelle nur auf die wichtigsten gesetzlich geregelten Beschränkungen eingegangen werden. Die sich aus sachlichen oder formellen Gründen ergebenden Einzelbeschränkungen der Klagerechte der Gschädigten werden später in anderem Zusammenhang erwähnt¹⁶.

1. Die Entlastung

Sie steht den Klagen der Gesellschaft und der Aktionäre (sofern letztere mittelbaren Schaden geltend machen) grundsätzlich entgegen, in der Regel nicht aber denjenigen der Gläubiger¹⁷. Ausnahmen hievon für die Aktionäre sind im art. 757 OR statuiert. Der Entlastungsbeschluss kann ferner durch die Aktionäre angefochten werden, wenn er Willensmängel enthält oder durch Betrug oder Täuschung zustandegekommen ist; in den beiden letzteren Fällen ist er auf Grund der allgemeinen Normen über die Ungültigkeit von Willenserklärungen für Gesellschaft und Aktionäre unverbindlich.

2. Der Konkurs

Das wichtigste Klagehindernis für die Gläubiger besteht in art. 758 OR. Die dem Einzelgläubiger eingeräumte aktienrechtliche Klage für mittelbaren Schaden kann nur im Konkurs angehoben werden. Dazu steht sie nach art. 756 OR zuerst noch der Konkursverwaltung, also der Gesamtgläubigerschaft zu und kann nur durch Abtretung nach art. 260 SchKG auf den einzelnen Gläubiger übergehen¹⁸.

¹⁴ BGE 59 II 451; 76 II 319.

¹⁵ Oft bleibt der Kausalzusammenhang jedoch wegen der besonderen Natur des Haftungsverhältnisses lückenhaft, z. B. bei mittelbarer Schädigung im Gründungsstadium. Vgl. Jäggi a.a.O. 304.

¹⁶ Vgl. III. Teil, 102 ff.

¹⁷ Vgl. die Arbeiten von Picononi und Barbey a.a.O.

¹⁸ Vgl. hinten III. Teil, 113 ff.

3. Andere Beschränkungen

Das Recht zur Klage beschränkt sich grundsätzlich auf diejenigen Aktionäre und Gläubiger, die ihre Eigenschaft als solche nachweisen können¹⁹. Dem Aktionär, der in Kenntnis der wirtschaftlichen Verhältnisse und der hängenden Verantwortlichkeitsprozesse Aktien erwirbt, steht keine Klage zu. Ebenso wenig ist dies für denjenigen Aktionär anzunehmen, der seine Aktien verkauft hat²⁰. Eine ähnliche Einrede kann auch gegenüber der Klage eines Gläubigers erhoben werden, der der Gesellschaft in Kenntnis des Schadenereignisses Kredite gewährt hat. Diese Regelung gilt jedoch nur für die aktienrechtliche Schädigung. Für den den Aktionären und Gläubigern direkt durch unerlaubte Handlungen entstandenen Schaden bestehen keine grundsätzlichen Klagehindernisse.

¹⁹ Vgl. vorn 25. Hotz 202/209 (Ausnahmen).

²⁰ gl. M. Hotz 203.

II. TEIL

Die Schadenzufügung im Aktienrecht

§ 5. Die Schadentatbestände

A) Allgemeines

1. Der Begriff des Schadens

Voraussetzung jedes Entstehens von Ansprüchen aus Verantwortlichkeit in der AG ist das Vorliegen eines Schadens¹. Dieser Schaden ist die Folge von Verletzungen der Rechte, welche kraft Gesetz oder Vertrag den einzelnen Rechtssubjekten zustehen. Zu einer Umschreibung des spezifisch aktienrechtlichen Schadens gelangen wir dadurch, dass wir die in einer AG möglichen verletzbaren Rechte untersuchen. Von der in der Rechtssprache herkömmlichen Unterscheidung zwischen materiellem und ideellem Schaden kann hier abgesehen werden. Das Aktienrecht, als Teil des Obligationenrechts, versteht unter dem Begriff des Schadens die durch den Schadenersatz auszugleichende, in Geld abschätzbare Benachteiligung eines Dritten in seinem Vermögen.

Die Aktiengesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft mit in der Regel wirtschaftlichem Zweck². Demzufolge sind die Interessen ihrer Gläubiger solche vermögensrechtlicher Art. Bei den Aktionären liegen die Verhältnisse ähnlich. Wohl unterscheidet man in deren Rechten der Gesellschaft gegenüber zwischen Vermögens- und Mitgliedschaftsrechten. Sieht sich der Aktionär in seinen Vermögensrechten geschädigt, so steht ihm eine Leistungsklage für diesen bestimmbaren Schaden zu. Liegt jedoch eine Beeinträchtigung in seinen persönlichen Mitgliedschaftsrechten, z. B. in seinem Stimmrecht vor, so hat er vorerst seine Interessen durch eine Gestaltungsklage zu vertreten. In diesem Fall lässt sich der behauptete Schaden nicht genau abschätzen, ja er ist in vielen Fällen noch gar nicht entstanden. Jedoch ist er keinesfalls als rein immaterieller Schaden anzusprechen, da die Ausübung des verletzten Rechts lediglich

¹ Becker Komm. zu art. 41 Nr. 6. H. Widmer 81.

² Vgl. dazu art. 620 Abs. 3 OR.

wirtschaftlichen Zwecken dient und somit dem Aktionär aus Verletzung dieser Rechte tatsächliche oder doch potentielle wirtschaftliche Nachteile erwachsen. Unter diesem Gesichtspunkt sind z. B. die nicht seltenen Beherrschungsstreite im internen Leben der Aktiengesellschaften zu würdigen³.

Bei einem der Gesellschaft zugefügten Schaden endlich ist die Sachlage vollends klar. Die AG ist persönlicher Rechte nur im Sinne des art. 52 ff. ZGB fähig; ihre verletzbare Substanz ist das Grundkapital und die weiteren Vermögenswerte. Die sogenannten Kreditschädigungen⁴ — z. B. die Schädigung des Ansehens einer Gesellschaft — bilden davon insofern keine Ausnahme, als diese ihren unmittelbaren Niederschlag in einem Sinken der Börsenkurse der Aktien, in der Verweigerung von neuen und Kündigung von alten Krediten, somit in einer Schwächung der vermögensrechtlichen Position der Gesellschaft allgemein finden. Bei den in der vorliegenden Arbeit in Frage stehenden Schäden muss es sich aus diesen Gründen um den allgemein im Obligationenrecht⁵ definierten Vermögensschaden⁶ handeln. Erscheint es aber immerhin als möglich, dass den an einer AG beteiligten Personen ein anderer als vermögensrechtlicher Schaden entstehen könnte, so liegt dessen Regulierung⁷ ausserhalb der aktienrechtlichen Sphäre und berührt uns hier nicht.

2. Die Kriterien der Schadensunterscheidung

Entsprechend der Organisation einer AG können die in ihrem Bereich entstehenden Schädigungen nach verschiedenen Gesichtspunkten hin klassiert und gewertet werden. Je nach der Wahl der Betrachtungsweise ergeben sich daraus Schwerpunkte der Schadensdefinierung, die hier kurz aufgeführt werden sollen. Nach dem entstandenen Schaden kann z. B. folgendermassen gefragt werden:

- Wer hat den Schaden verursacht?
- Wem ist der Schaden entstanden?
- Durch Verletzung welcher Rechte ist er entstanden?
- Ist er unmittelbar oder nur mittelbar zugefügt worden?

³ Vgl. BGE 72 II 275; 66 II 47, wo das Bundesgericht klar Mitgliedschaftsrechte als vermögensrechtlich vertretbar definiert (Streitwert).

⁴ BGE 72 II 339.

⁵ Oser Komm. zu art. 41 OR N. 74 S. 297, art. 97 OR.

⁶ Henggeler, Div., 1 ff.

⁷ z. B. als Genugtuungsforderung.

Es wird sich im weiteren Verlauf der Ausführungen nicht vermeiden lassen, dass diese verschiedenen Gesichtspunkte einer Schadenswürdigung gleichzeitig herangezogen werden müssen. Sie stehen jedoch mit der Hauptunterscheidung dieser Arbeit, in unmittelbaren und mittelbaren Schaden, in engstem Zusammenhang, ja sie bedingen diese in weitestem Masse.

a) Die Unterscheidung nach den schädigenden Personen

Wenn in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitspraxis meist von Gründerschäden oder Organschäden die Rede ist, so entspricht diese Terminologie einer Unterscheidung nach den in der schädigenden Handlung aktiv auftretenden Personen. In Frage kommen dafür grundsätzlich alle Personen, welche kraft ihrer Stellung in der Gesellschaft, oder ihrer Beziehung zu dieser, Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger zu schädigen vermögen. Dies sind nicht nur die Gründer im weitesten Sinne⁸ und die Organe, sondern auch die bei der Verbreitung von Prospekten und Zirkularen tätigen Personen, die Urkundspersonen, die Mitglieder der Kontrollstelle und die bei Liquidation und Konkurs in Betracht fallenden Funktionäre. Eine besondere Systematik in Hinsicht auf die sachlichen Schadensarten ergibt sich aus dieser Unterscheidung nicht: sie besitzt mehr den Vorteil der Einfachheit.

b) Die Unterscheidung nach den Geschädigten

Von einem Schaden betroffen sind die Gesellschaft, als juristische Person, ihre Aktionäre und die Gläubiger. Es können sowohl eine einzige dieser Kategorien, als auch deren zwei oder in bestimmten Fällen alle drei zugleich einen Schaden erleiden. Die Unterscheidung findet ihre Bedeutung vor allem darin, dass beim konkreten Schadenstatbestand in erster Linie abgeklärt werden muss, wem eigentlich ein Schaden entstanden ist. Steht auf Grund dieser Untersuchung fest, dass sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre eine Schädigung ihrer Interessen nachweisen können, so hat die rechtliche Qualifikation dieser Schädigung zu erfolgen. Von dieser hängen für die Berechtigten alle Klagegrundlagen ab, in entscheidender Weise insbesondere dann, wenn sich ergibt, dass die Aktionäre oder Gläubiger nur mittelbar geschädigt sind.

⁸ Vgl. vorn 30 ff.

c) Die Unterscheidung nach den verletzten Rechtsgütern und nach den Rechtsgründen der Schädigung

Diese Unterscheidung basiert auf der Betrachtung der verletzbaren Rechte, welche der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern kraft allgemeiner Rechtsnormen, positiver Gesetzesbestimmungen oder besonderer Vertragsabmachungen zustehen. Daraus ergibt sich eine sekundäre Unterteilung nach Schäden, die aus Vertragsverletzung und solchen, die aus Verstoss gegen Regeln des Gesetzes entstanden sind. Eine genaue Bestimmung dieser verletzten Rechte ist für den Geschädigten die wichtigste Grundlage seiner Schadenersatzklage, denn sie qualifiziert den ihm entstandenen Schaden in subjektiver Hinsicht und liefert bereits wertvolle Angaben über die Rechtsgründe der erfolgten Schädigung.

Betrachten wir die der Gesellschaft zustehenden Rechte unter diesem Gesichtspunkt, so zeigt sich, dass nur ein Teil der grossen Zahl von Rechtsgütern, in denen eine AG verletzt werden kann, für unsere Untersuchung in Betracht fallen kann. Aktienrechtlich geschädigt ist sie nämlich nur in denjenigen Fällen, für welche das Gesetz eine besondere aktienrechtliche Regelung getroffen hat, resp. in denen sich die Rechte der Gesellschaft gegen solche Personen richten, die zu ihr in einem aktienrechtlichen Verhältnis stehen. Es ist im Schrifttum im allgemeinen nicht üblich, die Unterscheidung nach den verletzten Rechten der Gesellschaft zu treffen, da diese keine praktischen Vorteile bietet. Es wird vielmehr auf den Rechtsgrund der Schädigung, nämlich auf die Pflichtverletzung der der Gesellschaft verpflichteten Personen abgestellt. Das Recht der Gesellschaft auf sorgfältige Geschäftsführung ihrer Organe im Sinne der art. 722 und 754/55 bildet wohl das Hauptbeispiel für die in der Praxis auftretenden Schadensfälle, während andererseits das Recht auf Eintragung im Handelsregister in den Kreis der Rechte gehört, die der Gesellschaft als juristischer Person gegenüber Dritten allgemein zustehen.

Was die Schadensunterscheidung nach den verletzten Rechten der Aktionäre betrifft, so teilt das Gesetz diese vorerst ein in Mitgliedschafts- resp. Beteiligungsrechte⁹ einerseits und reine Vermögensrechte andererseits. Zu den ersteren zählen das Recht auf Mitverwaltung der Gesellschaft, das Recht auf Stimmabgabe, ein Kontrollrecht und das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen. Vermögensrechte der Aktionäre sind andererseits solche auf Dividende, auf Anteil am Li-

⁹ Vgl. dazu hinten 75 ff.

quidationsergebnis und die verschiedenen Bezugsrechte. Die Rechte auf Ausrichtung einer Tantième oder auf Zahlung von Bauzinsen sind innerhalb des aktienrechtlichen Rahmens nur von der Aktionärs-eigenschaft abgeleitet und bestehen zugunsten der Verwaltung und der Gründer der Gesellschaft in bestimmten Fällen als Gläubigerrechte¹⁰. In der Praxis werden allerdings auch Tantièmen in verschiedenen Formen an Direktoren ausgerichtet, die nicht Aktionäre sind¹¹. Für die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage bedeutsam kann die Frage werden, ob die vorliegende Schädigung aus einer Verletzung wohlerworbener Rechte der Aktionäre herrühre. Die Anerkennung solcher, dem Aktionär durch Verwaltungs-, oder Generalversammlungsbeschluss nicht entziehbarer Rechte bedeutet für ihn einen besonderen Schutz seiner Interessen und vereinfacht die Geltendmachung seines Schadenersatzes. Immerhin ist dieser Schutz kein absoluter. So hat das Bundesgericht in neuerer Zeit in einem Fall von Verletzung der Dividendenrechte eines Aktionärs entschieden, dass sich auch diese wohlerworbenen Rechte im konkreten Fall denen der Gesellschaft unterzuordnen haben, sofern das Wohl der Gesellschaft dies verlangt¹². Die Ausweisung eines Reingewinnes durch die Gewinn- und Verlustrechnung genügt allein noch nicht, um den Anspruch des Aktionärs auf eine Dividende zu begründen. Trotz dieses Reingewinnes kann z. B. eine gesunde Abschreibungspolitik der Gesellschaft zeitweise verhindern, dass daraus eine Dividende ausgeschüttet werden darf (z. B. auch bei Rückstellungen als private Arbeitsbeschaffungsreserven in Krisenzeiten).

Schliesslich kann auch die Verletzung von Rechten einer Minderheit von Aktionären für die Qualifikation des Schadens von Bedeutung sein. Obwohl das schweizerische OR einer solchen Minderheit keine besondere Klage einräumt, kennt es doch verschiedene Bestimmungen, die den Schutz dieser Aktionärsgruppen anstreben. Dazu gehören insbesondere die Vorschriften über die Vertretung der verschiedenen Aktionärskategorien in der Verwaltung¹³ sowie diejenigen über das Erfordernis von qualifizierten Mehrheiten bei Generalversammlungsbeschlüssen¹⁴ und diejenige des art. 699 Ziff. 3 OR (Recht auf Einberufung der GV). In der

¹⁰ Vgl. dazu Guhl 446, BGE 75 II 149 ff.

¹¹ Vgl. Schucany Komm. zu art. 677 OR Anm. I.

¹² BGE 72 II 293 ff.; 53 II 260 ff.; gegenteiliger Entscheid: 59 II 264. Ausführlich darüber: J. Henggeler, Div., 8 ff.

¹³ Art. 708 IV—V OR.

¹⁴ Art. 703 OR.

Praxis zeigen die Hintergründe der Verantwortlichkeitsprozesse sehr häufig, dass sich eine Minderheit von Aktionären durch eine oft knappe Mehrheit überstimmt und in ihren Interessen beeinträchtigt sieht, dass es ihr aber ausser mit der oft wenig Erfolg versprechenden Anfechtung dieser Mehrheitsbeschlüsse nur auf dem Wege des vom Gesetz gegebenen Einzelklagerechtes möglich ist, gegen die schädigenden Personen der Verwaltung direkt vorzugehen und dadurch ihre Interessen zu wahren¹⁵.

Unter Gläubigerrechten, auch Dritt- oder Fremdrechte genannt, sind endlich solche Ansprüche auf vermögensrechtliche Leistungen zu verstehen, welche Dritten in ihrer Eigenschaft als Gesellschaftsgläubiger vertraglich zugesichert sind¹⁶. Zu beachten ist dabei die Tatsache, dass nicht nur die der Gesellschaft als Drittpersonen gegenüberstehenden Berechtigten dieser Rechte fähig sind, sondern dass z. B. auch Aktionäre aus Dividendenansprüchen, Mitglieder der Verwaltung aus Tantiemenansprüchen usw. zu Gesellschaftsgläubigern werden. Jeder Forderungsberechtigte, dem ein wirklicher Gläubigeranspruch zusteht, ist der Gesellschaft gegenüber «dritter Gläubiger», selbst wenn er zu ihr im übrigen in einer aktienrechtlichen Bindung steht¹⁷. Die Gläubigerrechte können sich also aus den verschiedensten Entstehungsgründen herleiten. Ausser dem normalen Darlehensgläubiger treten Aktionäre, Organe der Gesellschaft, Obligationäre, Genussscheininhaber, Beamte und Angestellte der AG als Forderungsberechtigte auf. Sie unterscheiden sich im wesentlichen darin, dass das Gesetz ihnen im Konkurse der Gesellschaft unterschiedliche Forderungsprivilegien zugesteht¹⁸.

Die vorstehenden Ausführungen behandeln mehrteils die verletzten subjektiven Rechtsgüter. Es lässt sich jedoch auch eine Unterscheidung nach den Rechtsgründen der Schädigung treffen. Diese Rechtsgründe bestehen grundsätzlich in Pflichtverletzungen der schädigenden Personen, sei es aus Vertrag oder Delikt. Man kann deshalb innerhalb des Aktienrechts von Schäden sprechen, die aus Verletzung zwingender Vorschriften des Gesetzes entstehen, wie etwa der Vorschriften über die Erhaltung des Grundkapitals oder der Publizitäts- und Bilanzierungsvorschriften. Verletzungen von Verträgen liegen vor bei Verstössen gegen Reglemente, dispositive Vorschriften der Statuten und gegen Be-

¹⁵ BGE 44 II 38 ff.; 67 II 162.

¹⁶ Komm. Bachmann zu art. 627 Anm. 2 aOR.

¹⁷ Locher 8. Betr. Tantiemenforderungen vgl. BGE 75 II 153 ff.

¹⁸ z. B. SchKG art. 219, art. 1156—82 OR.

stimmungen von einzelnen Verträgen zwischen den an der Gesellschaft beteiligten Personen, kurz in allen Fällen, wo das Gesetz, die Lehrmeinung und die Rechtsprechung das Rechtsverhältnis zwischen Verantwortlichen und Berechtigten als vertraglicher Natur annimmt.

d) Die Unterscheidung nach unmittelbarem und mittelbarem Schaden

Dieses Unterscheidungskriterium soll hier nur der Vollständigkeit wegen aufgeführt werden. Es bildet den Hauptteil dieser Arbeit und wird im folgenden in seinen Einzelheiten und Merkmalen dargestellt. Erwähnt sei hier immerhin, dass das aOR diese Unterscheidung nicht ausdrücklich traf, indem in art. 674 aOR nur von «allem Schaden» die Rede ist. Sowohl Literatur¹⁹ wie Rechtsprechung²⁰ haben aber schon sehr früh angenommen, dass darunter auch derjenige Schaden zu verstehen sei, der den Aktionären und Gläubigern nur indirekt, durch Schädigung der Gesellschaft entstehen kann. Im rev. OR wird heute den Aktionären und Gläubigern in den art. 754/755 ausdrücklich eine Klage auf Ersatz sowohl des unmittelbaren wie auch des mittelbaren Schadens gewährt²¹.

3. Grundsätze der Schadensbemessung

a) Das richterliche Ermessen

Das Aktienrecht gibt auf die Frage nach der Bemessung der Ersatzleistungen in Schadensfällen keine eigenen, von der normalen Regelung abweichenden Weisungen. Es gelten somit die allgemeinen Vorschriften der art. 42 II, 43, 44 sowie 99 II und III OR. Da nun diese allgemeinen Regeln anwendbar sind, kann der Schadenersatz im Sinne des art. 44 OR herabgesetzt oder verneint werden²². Auf den ersten Blick mag es ungerecht gegen den Geschädigten erscheinen, dass in Fällen, in denen der entstandene Schaden ziffernmässig exakt zu bestimmen ist, er nicht in seinen Ansprüchen auf Wiederherstellung seiner vermögensrechtlichen Integrität voll befriedigt werden soll. Allein, auch für das Aktienrecht gilt das Prinzip der billigen Haftung nach dem Masse des Verschuldens im Sinn von art. 42/43 OR. Eine gewisse Risikoquote muss jeder, der sich in mitgliedschaftliche oder drittgeschäftliche Beziehungen zu der AG ein-

¹⁹ K. Wieland II, 135/37. Bachmann Komm. zu art. 674 aOR. Vigier 15/66 ff.

²⁰ BGE 23 II 1071/72; 49 II 245.

²¹ Im ausländischen Recht: Vgl. Biggel 29 ff.

²² Hotz 185 ff. Greuter 34.

lässt, von Anfang an in Rechnung stellen. Es existiert unseres Wissens kein Entscheid des Bundesgerichtes, in welchem dem Kläger die volle Höhe seiner Schadensersatzforderung auf Grund genauer Schadensberechnungen zugesprochen worden wäre. «Dennoch rechtfertigt es sich nicht, die Beklagten für den vollen Schaden ersatzpflichtig zu erklären²³». Diese oder ähnliche Formulierungen finden sich in allen Fällen einer Schadensregulierung durch Richterspruch. Damit ist dargetan, dass auch im Verantwortlichkeitsrecht der AG dem richterlichen Ermessen breiter Raum gegeben ist. Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der sowohl die Umstände als auch das Mass des Verschuldens mitzuberücksichtigen hat²⁴. In aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen spielen nun aber erfahrungsgemäss eine grosse Zahl komplizierter, wirtschaftlicher, oekonomischer und technischer Einzelfragen eine entscheidende Rolle. Eine genaue Kenntnis aller dieser Belange kann auch dem erfahrensten Richter nicht zugemutet werden. Dieser wird darum bei der Würdigung der Tatbestände in der Regel Fachleute aus Industrie und Handel, wie etwa Treuhandgesellschaften, Bankspezialisten oder Techniker beiziehen. Hat er auf diese Weise einen Ueberblick über die rechtliche und wirtschaftliche Lage von Schädigenden und Geschädigten gewonnen, so wird er die Schadenstragung nach allgemeinen Prinzipien der Billigkeit verteilen²⁵. Auf der einen Seite steht ein ziffern- oder schätzungsmässig ausgewiesener Schaden, auf der andern Seite stehen verschiedene, zugunsten der Verantwortlichen sprechende Herabsetzungsgründe. Die Differenz der beiden Konten ergibt die Höhe des richterlichen Schadenersatzanspruches, dessen einzelne Erwägungen weiter auch für die Verteilung der Regressansprüche unter den Beklagten bedeutsam sind²⁶.

b) Der ziffernmässige Schadensnachweis

Der ziffernmässige oder schätzbare Schadensnachweis bietet eines der schwierigsten Probleme bei der Klageanhebung. Art. 42 II OR selbst bestimmt, dass der Richter im Zweifelsfalle den Schaden nach den Umständen und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen habe²⁷.

²³ In: BGE 59 II 460. Vgl. auch Biggel 56/57.

²⁴ Art. 43 I OR. BGE 61 II 234. H. Zimmermann, in: «AG i.n.OR», H. 9, 46.

²⁵ Becker Komm. zu OR art. 41 Nr. 48. BGE 57 II 90.

²⁶ Locher 103. Vgl. art. 759 OR.

²⁷ Schucany Komm. zu art. 753 OR Anm. 2.

Am einfachsten liegen die Verhältnisse, wenn die Gesellschaft, die Aktionäre oder die Gläubiger unmittelbar geschädigt sind. Die Folge von Ursache und Wirkung der Schädigung kann hier relativ gut überblickt werden, da auch die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien abgeklärt sind. So hat ein Gläubiger das Recht auf Rückerstattung seines genauen Darlehensbetrages zuzüglich eines vertraglich bestimmten Zinses²⁸. Der Aktionär klagt auf Ausrichtung einer nach Gesetz, Statuten oder Generalversammlungsbeschluss berechenbaren Dividende²⁹, die Gesellschaft auf Rückerstattung des in ihrer Vermögenssubstanz entstandenen Fehlbetrages.

Aber auch im Bereich des unmittelbaren Schadens sind die Möglichkeiten zahlreich, in denen ein Schaden nur schätzungsweise erfasst werden kann. Der häufige Fall, dass anlässlich einer qualifizierten Gründung Sacheinlagen überbewertet werden, ist ein Beispiel dafür. Die Höhe des Schadens ist gleich der allfälligen Ueerbewertung der eingelegten oder übernommenen Vermögensobjekte³⁰, wobei jedoch die Ansichten über eine richtige Bewertung dieser Objekte meist auseinandergehen. Auch der Aktionär, der auf Grund unrichtiger Auskünfte oder Bilanzen seine Aktien erworben hat, wird nur mit Schwierigkeiten seinen Schaden zu substantzieren vermögen. Das Bundesgericht hat in einem Falle³¹ die Differenz zwischen erzieltm und erzielbarem Erlös aus dem Aktienverkauf als Berechnungsgrundlage angenommen, an der so gewonnenen Summe aber noch beträchtliche Abstriche vorgenommen. Hat der Aktionär z. B. aber seine Aktien auf Grund einer verschleierte Bilanz nicht erworben, sondern nur nicht verkauft, oder ein Gläubiger seinen Kredit nicht gekündigt, so wird er mangels eines Kausalzusammenhanges überhaupt keinen Schaden nachweisen können, da der Schaden ja im Zeitpunkt der Verschleierung effektiv bereits vorhanden. die Aktien also überbewertet und der Kredit gefährdet waren³².

Noch schwieriger gestaltet sich die Frage bei indirekter Schädigung der Aktionäre und Gläubiger. Kreditschädigung, Vertrauensschäden oder Börsenschäden der Gesellschaft haben ihre Ausstrahlungen auf die Rechte

²⁸ Bezgl. Forderungswerten bei Obligationen vgl. Huber 59.

²⁹ BGE 72 II 293. Für die Frage der Streitwerthemessung bei Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen ist nicht das Einzelinteresse des Klägers massgebend, sondern das Gesamtinteresse der Gesellschaft. Vgl. BGE 47 II 435; 51 II 68; 54 II 23.

³⁰ BGE 59 II 453. Vgl. Schucany a.a.O. Jäggi a.a.O. 304.

³¹ BGE 57 II 81 ff. Bei Obligationen: vgl. Huber 83 ff.

³² Henggeler 52. Biggel 28.

der Aktionäre und Gläubiger³³. Der diesen so entstandene Nachteil³⁴ wird wohl in seiner Tatsache nicht bestritten, in seiner Höhe, besonders für den Eigentümer von Aktien ohne festen Kurs, jedoch schwer zu bestimmen sein. Von Bedeutung ist hier wegen der Verteilung der Beweislast erneut die Frage, ob die Schädigung aus Kontrakt oder aus Delikt erfolgt ist. Bei der Deliktsklage wird es dem Geschädigten schwer fallen, das Verschulden des Beklagten und den Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und der Höhe seines Schadens darzutun. Da der Geschädigte in vielen Fällen beide Klagen anstrengen kann, ergibt sich für ihn daraus die Möglichkeit, seinen Schaden im Konkurs der Gesellschaft aus Nichterfüllung des Vertrages geltend zu machen, auf die Differenz zwischen der Konkursdividende und seiner Gesamtforderung gegen die Verantwortlichen jedoch aus art. 41 OR direkt zu klagen³⁵.

Fast unmöglich ist es, einen bezifferten Schaden nachzuweisen, wenn z. B. durch Generalversammlungsbeschlüsse die Mitgliedschaftsrechte von Aktionären verletzt erscheinen. Vom tatsächlichen Bestehen eines vermögensrechtlichen Schadens kann im Augenblick der Klageanhebung noch nicht gesprochen werden. Er kann unter Umständen infolge der veränderten inneren Stimmverhältnisse der AG später eintreten. Ohne zu dieser Frage abschliessend Stellung zu nehmen, hat das Bundesgericht in einem konkreten Fall³⁶ entschieden, dass der Streitwert für den Prozess nur ungefähr berechnet werden könne. Auf Grund des Wertes und der Anzahl der Aktien, deren Eigentümer den Generalversammlungsbeschluss anfechten, ergebe sich bei Annahme einer Minimaldividende ein Vermögenswert, in dem die klagende Partei in nächster Zukunft durch Mehrheitsbeschluss der Generalversammlung geschädigt werden könne. Dieser Betrag sei als Streitwert anzunehmen³⁷. Diese Annahme des Gerichtes hat jedoch nur prozessuale Bedeutung; von einem bereits vorhandenen Vermögensschaden kann wohl nicht die Rede sein. Ein solcher soll durch die Klage auf Wiederherstellung der verletzten Rechte gerade verhütet werden.

³³ Guhl OR 66 ff.

³⁴ Bei den Aktionären die Kursdifferenz ihrer Aktien, bei den Gläubigern vorläufig die beschränkte Zessionsfähigkeit ihrer Forderung.

³⁵ BGE 61 II 234. Prax. 40, 100. BGE 76 II 31: (Gründungsschaden durch fiktive Einzahlung des Aktienkapitals) «Allerdings ist der Schaden nicht ziffernmässig ausgewiesen. Er kann es nach der Natur der Sache auch nicht sein.»

³⁶ BGE 66 II 47.

³⁷ Vgl. dazu auch BGE 75 II 152.

c) Art und Höhe des Schadenersatzes

Im Aktienrecht wirkt sich die Pflicht auf Leistung von Schadenersatz für den Verantwortlichen praktisch wohl als Strafe aus, da dieser den Ersatz aus seinem privaten Vermögen zu leisten hat, ohne dass er sich vielleicht durch die schädigende Handlung ungerechtfertigt bereichert hat³⁸. Dem Schadenersatz eine eigentliche Straffunktion zu geben, liegt jedoch nicht im Willen des Gesetzgebers. Die Auseinandersetzung über die Frage, ob und in welcher Höhe ein Ersatz zu leisten sei, ist eine solche zivilrechtlicher Art. Das Ausmass der Schadenersatzpflicht wird nun, wie bereits ausgeführt, einerseits von der Höhe des ziffernmässigen Schadens, auf der andern Seite von der Grösse des die Verantwortlichen treffenden Verschuldens bestimmt³⁹. Dazu kommen eventuell noch besondere Herabsetzungsgründe, wie widrige Umstände, mangelnde Sorgfalt des Geschädigten usw. Bei Schädigungen aus Delikt reicht der Schadenersatz grundsätzlich nicht weiter als der vom Kläger darzutuende Kausalzusammenhang. Die Berechnungsgrundsätze für diesen Ersatz richten sich in diesem Falle nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung⁴⁰. Zu beachten ist ferner, dass die Schadensbehebung auf zwei Arten erfolgen kann. Einerseits kann Schadenersatz darin bestehen, dass der Beklagte dem Kläger gegenüber den Zustand wiederherstellt, der zur Zeit der Schädigung bestanden hat⁴¹. Dies wird normalerweise bei mittelbarem Schaden der Aktionäre und Gläubiger der Fall sein und Zahlung des Ersatzes an die Gesellschaft zur Folge haben⁴². Andererseits kann der Kläger durch Leistung des Ersatzes an ihn persönlich, für den ihm direkt erwachsenen Schaden befriedigt werden. Während zur Zeit des aOR in der Literatur noch umstritten war, ob bei mittelbarem Schaden dem einzelnen Aktionär ein Quotenanspruch zu gewähren sei⁴³, ist das Problem durch die Einführung des art. 755 rev. OR heute gelöst. Die Höhe des Schadenersatzes bestimmt sich nach dem Schaden, den die Gesellschaft erlitten hat und der Ersatz ist auch an diese zu leisten.

³⁸ Vgl. Biggel 61.

³⁹ Piconi 190.

⁴⁰ BGE 64 II 282, Huber 82.

⁴¹ BGE 49 II 247; 54 II 23. (Eine Art *restitutio in integrum*).

⁴² Art. 755 OR. Vgl. Widmer 103 ff. Normalerweise ist bei mittelbarem Schaden nur der Schaden der Gesellschaft zu reparieren. Vgl. dazu hinten 104 ff.

⁴³ Biggel 111 und dortige Literaturangaben.

d) Die Herabsetzungsgründe

Das Gesetz zählt in den art. 42 II, 43, 44 und 99 II OR verschiedene allgemeine und spezielle Reduktionsgründe auf. Der Richter hat demnach bei der Festsetzung des Schadenersatzes zu berücksichtigen: Eventuelle vom Geschädigten getroffene, den Eintritt des Schadens begünstigende Massnahmen, dessen Zustimmung zur schädigenden Handlung; die Umstände der Schädigung allgemein, geringes Verschulden des Verantwortlichen, Notlage des Ersatzpflichtigen bei leichtem Verschulden und mangelnde Bereicherungsabsicht des Schuldners.

Diese Grundsätze finden auf die aktienrechtliche Schadensregulierung Anwendung. Entsprechend der Natur der im Bereiche der AG eintretenden Schädigungen sind auch die Gründe, die zur Herabsetzung eines Schadenersatzes führen, zum Teil in spezifisch aktienrechtlich-wirtschaftlichen Momenten zu suchen. Einer der wichtigsten Herabsetzungsgründe des aOR lag in der Tatsache, dass ein Schaden nicht absichtlich zugefügt wurde. Obwohl fahrlässige Schädigung der Aktionäre und Gläubiger nach art. 674 aOR theoretisch gar nicht erfassbar war, spielte sie in der Praxis gegenüber der Gesellschaft eine grosse Rolle⁴⁴.

In der Praxis der heutigen Aktienrechtsstreitigkeiten treten bei genauem Betrachten einige wenige Hauptherabsetzungsgründe immer wieder auf. Besonders häufig sind die Fälle, in denen das Bundesgericht eine Herabsetzung des von den Verantwortlichen zu leistenden Schadenersatzes anordnet, weil dem den Schaden begründenden Geschäft ausgesprochen spekulativer Charakter zukommt⁴⁵. Voraussetzung ist allerdings, dass der Kläger stillschweigend oder ausdrücklich diesem Geschäft, sei es einzeln oder im Rahmen einer ganzen Reihe solcher Geschäfte, zugestimmt hat. Auch der Teilhaber an spekulativen Gründungen muss sich diese Herabsetzung seiner Ansprüche gefallen lassen⁴⁶. Als Geschäfte dieser Art kommen für die AG insbesondere in Frage: Kreditgewährungen in ausserordentlichem Ausmass unter gefährlichen politischen oder wirtschaftlichen Umständen an das Ausland oder an konjunkturrempfindliche Industrien des Inlandes; Beteiligungen an solchen oder Aufkauf dieser Unternehmungen usw.⁴⁷. In den meisten dieser Fälle ist jedoch zu beachten – und darin liegt ein

⁴⁴ Henggeler 34.

⁴⁵ BGE 36 II 552; 49 II 247; 61 II 228.

⁴⁶ BGE 59 II 460.

⁴⁷ Vgl. Wetter 1 ff., der eine Fülle solcher Beispiele aus dem Bankwesen anführt. BGE 61 II 234.

weiterer Herabsetzungsgrund —, dass die Geschädigten diese Geschäfte oft nicht nur genehmigt hatten, sondern dass zur Zeit des Abschlusses das Geschäft noch gar nicht als spekulativ erschien. Der Wahl des Zeitpunktes der Schadensberechnung kommt also grosse Bedeutung zu.

Ein weiterer wichtiger Herabsetzungsgrund liegt in der Praxis darin, dass Aktionäre und Gläubiger Statuten und Zirkulare der Gesellschaft gar nicht, oder nur sehr mangelhaft prüfen, wenn sie Aktien zeichnen oder der Gesellschaft Kredite gewähren⁴⁸.

Das Bundesgericht ist bei der Berücksichtigung der «Umstände» nach art. 43 I OR sehr weit gegangen, indem es Krankheit eines verantwortlichen Verwaltungsrates zur Zeit des schädigenden Ereignisses als Reduktionsgrund annahm⁴⁹. Auch die Gutmachung eines Schadens der Gesellschaft durch einen Verwaltungsrat bei nur fiktiv volleinzubezahltem Grundkapital wurde einem Darlehensgläubiger entgegengehalten⁵⁰. Ebenso ergaben Aktienzeichnung oder Kreditgewährung auf Grund einer oberflächlichen Gefälligkeitsauskunft durch ein Verwaltungsmitglied für den Geschädigten keinen vollen Schadenersatz⁵¹. Endlich hat die Rechtsprechung die Notlage eines Ersatzpflichtigen, als auch mangelhaften oder unübersichtlichen Kausalzusammenhang zwischen Schaden und schädigendem Ereignis bei der Festsetzung des Ersatzes immer wieder in Anrechnung gebracht⁵². Entgegen der früheren Praxis geniesst nach neueren Entscheidungen⁵³ jedoch derjenige, der nur als Strohhalm für den Eintritt eines Schadens verantwortlich ist, in dieser Eigenschaft keine Milderung seiner Ersatzpflicht.

B) Die Tatbestände

Bei der Aufzählung der verschiedenen Schadenstatbestände erhebt sich die Frage nach der Systematik der Darstellung. Auf Grund der unter A) getroffenen Unterscheidungen bei der Schadensqualifizierung liesse sich z. B. eine leicht überblickbare Darstellung nach den verletzten Rechtsgütern erstellen. Da es jedoch nicht Hauptaufgabe der vorliegenden Arbeit ist, eine lückenlose, erschöpfende Sammlung von Tatbeständen zusammenzutragen, wird auf eine solche sehr umfängliche Darstellung verzichtet. Im folgenden wird die gesetzliche Reihenfolge der Haftungs-

⁴⁸ BGE 49 II 247. Huber 83 ff.

⁴⁹ BGE 61 II 228.

⁵⁰ BGE 49 II 247. Vgl. Hotz 81.

⁵¹ BGE 57 II 90.

⁵² Vgl. Henggeler 15.

⁵³ BGE 59 II 460; ferner Entscheid v. 8. März 1952, zit. in: «Schw. AG» 25. 12/13.

fälle zur Grundlage genommen. Einer kurzen Uebersicht über die Grundfragen der betreffenden Abschnitte wird die Zusammenfassung einiger typischer, in der schweizerischen Rechtsprechung vorgekommener Verantwortlichkeitstatbestände angefügt. Die wenigen zitierten ausländischen Entscheide beschränken sich auf solche, in denen zwischen den ausländischen und schweizerischen Haftungsnormen weitgehende Uebereinstimmung vorhanden ist.

1. Schaden aus Prospekthaftung

a) Allgemeines

Art. 752 OR schreibt vor, dass jeder, der bei der Gründung einer AG oder bei der Ausgabe von Aktien oder Obligationen in Prospekten oder Zirkularen oder ähnlichen Kundgebungen unrichtige, oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet hat, indem er absichtlich oder fahrlässig dabei mitwirkte, den einzelnen Aktionären oder Obligationären für den dadurch entstandenen Schaden haftet.

Die Auslegung dieses Artikels ergibt, dass hier nur eine unmittelbare, direkte Schädigung in Betracht fällt⁵⁴. Aktivlegitimiert sind im Gegensatz zur Gründerhaftung nur die Aktionäre und Obligationäre, während andere Gläubiger ihre Ansprüche aus Prospekthaftung mittels art. 645 I OR geltend zu machen haben. Auf der andern Seite können nur diejenigen Personen für einen Schaden belangt werden, die an der Erstellung von Prospekten und Zirkularen mitgewirkt haben. Ein Anspruch gegen die Gesellschaft ist zum vornherein ausgeschlossen⁵⁵. Zu den verantwortlichen Personen gehören nun nicht nur die Gründer oder die Mitglieder der Verwaltung (bei der bestehenden AG), sondern auch Banken, Zeichnungsstellen, Redaktoren, Revisoren, Sachverständige, Anwälte und Urkundspersonen⁵⁶. Eine ähnlich extensive Auslegung des Begriffes des Emittenten wie desjenigen der «Gründer»⁵⁷ rechtfertigt sich im Hinblick auf das Schutzbedürfnis der Oeffentlichkeit, an die sich diese Kundgebungen richten.

⁵⁴ Lang 75 ff. Vgl. Huber 83: Wenn auch der Autor in diesem Zusammenhang von einem sekundären Schaden spricht, so meint er damit denjenigen, der einem Dritten dadurch entstehen kann, dass er Obligationen als Kredithinterlage annimmt, deren Bonität sich nachträglich als mangelhaft herausstellt. Der Begriff «sekundär» deckt sich also nicht mit dem in unserer Arbeit verwendeten.

⁵⁵ Vgl. SJZ 34, 105.

⁵⁶ Funk Komm. zu art. 752 OR Anm. 5. Vgl. dazu Stokar 107. Henggeler 14.

⁵⁷ Vgl. dazu vorn 31 ff.

Wenn art. 752 OR nicht nur von Prospekten und Zirkularen, sondern dazu von «ähnlichen Kundgebungen» spricht, so sind darunter sämtliche anderen Mittel zu verstehen, welche bezwecken, ein Urteil über die rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen eines Unternehmens zu vermitteln und zu schaffen⁵⁸. Dies sind insbesondere ausser den für die Gründung erforderlichen Dokumenten und Urkunden: Zeichnungsscheine, Einzahlungsbescheinigungen, Mitteilungen der Bank an ihre Kunden⁵⁹ oder Veröffentlichungen im Handelsamtsblatt. Naturgemäss ist die Zahl der Offerten und Willenserklärungen an die Adresse der Aktionäre bei der Sukzessivgründung bedeutend höher, als bei der Simultangründung, während sie in beiden Fällen für die Obligationäre gleich bedeutend sein wird.

Die Haftung aus Prospekt ist eine typische Form der deliktischen Haftung⁶⁰. Sie trifft nicht einen bestimmten, dem Erwerber von Aktien oder Obligationen entsprechenden Verkäufer als Vertragspartner, sondern sie erfasst jedermann, der mittels der genannten Kundgebungen den Käufer oder Zeichner zum Erwerb veranlasst⁶¹.

Die Verantwortlichkeit für die Wahrheit und Gesetzmässigkeit der Prospekte erstreckt sich nicht nur auf Kundgebungen anlässlich der Gründung, sondern auch auf solche anlässlich von Kapitalerhöhungen oder Anleihebegebungen, nicht aber bei Einführung der Titel an der Börse⁶². Generell kann das Verschulden der Haftenden darin bestehen, dass sie unterlassen haben, einen Prospekt auszugeben, dass sie im veröffentlichten Prospekt unrichtige oder den gesetzlichen Vorschriften nicht genügende Angaben gemacht haben. Wird z. B. in Zirkularen eine gefälschte oder verschleierte Bilanz wortgetreu abgedruckt, so ist diese Angabe zwar richtig, deren Inhalt genügt aber den gesetzlichen Forderungen nach Bilanzwahrheit nicht. In der Praxis zeigt sich, dass der Frage des Kausalzusammenhanges grosse Wichtigkeit zukommt. Aus Prospektverantwortlichkeit soll nur gehaftet werden, wenn der Schaden wirklich

⁵⁸ Schucany Komm. zu art. 752 OR Anm. 2. BGE 47 II 286. Henggeler 13. Hotz 124 ff.

⁵⁹ Nur bei der Ausgabe von Aktien.

⁶⁰ In der Literatur nicht unbestritten: vgl. dazu die ausführliche Darstellung von Huber 68 ff. Weiss Sammlung Nr. 6064. Funk Komm. zu art. 752 OR Anm. 1. BGE 34 II 28.

⁶¹ Derjenige Erwerber, der zum Emittenten aus irgendeinem aktienrechtlichen Grunde in einem Vertragsverhältnis steht, kann also zur Geltendmachung eines eventuellen Schadens auch die günstigere Vertragsklage benützen.

⁶² Funk Komm. zu art. 752 OR Anm. 2, art. 39 Bank G.

durch die Wirkung der Prospekte und Zirkulare entstanden ist. Werden Aktien oder Obligationen gekauft, ohne dass die Kundgebungen der Gesellschaft geprüft wurden, so fehlt der Kausalzusammenhang zwischen unrichtigen Angaben und Schaden. Art. 752 OR soll nur den sorgfältigen Erwerber schützen⁶³.

Im aOR regelten die beiden Artikel 671 I (Gründerverantwortlichkeit) und 672 die Haftung aus Prospekt. Neu gegenüber dieser alten Ordnung sind sowohl die Voraussetzungen der Haftbarkeit in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung, wie auch die Umschreibung der Anspruchsberechtigten⁶⁴.

b) Schadensfälle

Art. 752 OR regelt die Wiedergutmachung des Schadens der Aktionäre und der Obligationäre. Er soll ausserhalb der Gründerverantwortlichkeit jede Emissionstätigkeit im Geschäftsleben der AG erfassen. Ein Schaden kann vor oder während des Bestehens der Gesellschaft eintreten. In konkreten Fällen werden nicht nur einzelne Personen aus Prospekthaftung schadenersatzpflichtig, sondern es besteht Solidarhaftung unter verschiedenen, an der Veröffentlichung und Verbreitung mitwirkenden Beteiligten.

aa) Der Erwerb von Aktien

Vor der Gründung kann der Schaden daraus entstehen, dass der Aktionär auf Grund der ihm von Gründern, Banken, Zeichnungsstellen oder oft auch Anwälten und Treuhandgesellschaften übergebenen Gründungsprospekten Aktien zeichnet. Noch vor der Eintragung der Gesellschaft zeigt es sich aber, dass die in der ihm vorgelegten Publikation behaupteten Tatsachen nicht der Wirklichkeit entsprechen. Insbesondere kann die Bewertung von Sacheinlagen täuschend sein, Gründervorteile nicht erwähnt werden, usw. Der Schaden des Aktionärs tritt ein, wenn er auf Grund der Kenntnissnahme dieser Tatsachen seine Einlagen ohne Erfolg zurückverlangt: Das Grundkapital ist bereits nicht mehr voll vorhanden.

⁶³ Vgl. Schucany Komm. zu art. 752 OR Anm. 8. «Das Bewusstsein des schädigenden Charakters unrichtiger Angaben ist nicht nötig, es genügt deren Kausalität.» BGE 47 II 286.

⁶⁴ Henggeler 14. v. Steiger 99. Ueber die Gründe, die zur Abtrennung der Prospekthaftung von der Gründungshaftung bei der Revision des aOR führten, insbesondere über die Unterschiede zwischen art. 752 und 753 rev. OR vgl. Botschaft 60/61.

Die Hauptfälle einer Schädigung der Aktionäre während des Bestehens der Gesellschaft bestehen darin, dass auf Grund von im Prospekt abgedruckten verschleierten Bilanzen oder sonstigen unwahren Angaben, welche die Organisation und den Vermögensstand der Gesellschaft zum Gegenstand haben, jemand Aktien erwirbt. Dies kann anlässlich einer Kapitalerhöhung⁶⁵ oder Aktienzusammenlegung der Gesellschaft geschehen, bleibt aber nicht auf diese Fälle beschränkt.

Beispiele:

1. BIZR 8 Nr. 79:

Erwerb von Prioritätsaktien auf Grund unrichtiger Angaben eines Prospektes. Die Aktien waren schon zur Zeit der Prospektausgabe entwertet.

2. BGE 58 II 153:

Bei der Simultangründung kann sich der Aktionär nicht darauf berufen, seine Aktienzeichnung sei ungültig, indem die Gründer keinen Prospekt erstellt und sich sein Zeichnungsschein demnach auch nicht auf einen solchen bezogen habe (aOR).

3. vgl. dazu:

SJZ 34, 105.

RGZ 154/65.

Prax. 10/44.

bb) Der Erwerb von Obligationen

Dem Schutz des gutgläubigen Erwerbers von Obligationen dienen nicht nur art. 752 OR, sondern die weiteren Vorschriften über den Prospektzwang bei Ausgabe von Anleiheobligationen (art. 1156 OR) und die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen (art. 1157 ff. OR).

Dem Obligationär entsteht häufig dadurch ein Schaden, dass er seine Titel ohne genügende Prüfung der Zeichnungsprospekte erwirbt. Geben diese Zeichnungspublikationen zudem ein falsches Bild der finanziellen Lage der Gesellschaft, so entsteht dem Zeichner auch bei sorgfältiger Prüfung ein Verlust. Die Bonität der Titel zeigt sich als mangelhaft, es sinken ihre Handelskurse an der Börse oder ausserhalb derselben. Schliesslich kann der Obligationär im Konkurs der Gesellschaft ganz zu Verlust kommen.

⁶⁵ Vgl. Henggeler 14.

Beispiele:

1. vgl. Wetter 1 ff.:

Die Bankkatastrophen der Zwanzigerjahre in der Schweiz haben fast regelmässig mit dem Totalverlust nicht nur des Aktienkapitals, sondern auch der Obligationenguthaben geendet.

2. BIZR 32, 96:

Die Rückforderung der Beteiligung an einer AG in Form von «Abschnitten am Syndikatsvermögen» wegen Täuschung durch einen Prospekt, welcher der Wirklichkeit nicht mehr entsprach.

3. BGE 47 II 268:

Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates aus aOR 671/72 für den Schaden, der den Hypothekarobligationären entstanden ist, weil die Beklagten an der Erstellung von wahrheitswidrigen (mensongères) Prospekten und Zirkularen mitgewirkt haben. Bedeutung des Kausalzusammenhanges.

4. vgl. dazu:

SJZ 35, 118.

RGZ 159/211.

2. Gründungsschaden

a) Allgemeines

Bei der Statuierung einer besonderen Gründerverantwortlichkeit hat sich der Gesetzgeber von rechtspolitischen Gedanken leiten lassen. Tritt die Aktiengesellschaft als künstlich geschaffenes, aktives Gebilde des Geschäftslebens an die Öffentlichkeit, so kann sie ihren Geschäftspartnern keine persönliche Haftungsgrundlage ihrer Gesellschaftsmitglieder offerieren. Die einzige Kredithinterlage für die Gläubiger bildet ihr Grundkapital. Die Art und Weise, wie dieses Grundkapital zusammengetragen und verankert wird, ist somit für die Gesellschafter und Gläubiger von eminenter Bedeutung, insbesondere, da das Gesetz zulässt, dass dieses Kapital nicht nur aus festbewertbaren Barmitteln aufgebaut wird. Es kann sich teilweise oder vollständig aus eingebrachten oder von Aktionären und Dritten übernommenen Sachwerten zusammensetzen. Sacheinlagen (Apports) und übernommene Vermögenswerte sind sorgfältig auseinanderzuhalten. Während erstere durch die Gründer, im Austausch gegen Aktien einzubringende Sachen oder Rechte darstellen, herrscht über den Begriff «Uebernahme von Vermögenswerten» in der Literatur keine volle Klarheit.

«Das Charakteristikum der Sachübernahme liegt nach einer Entscheidung des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes darin, dass die Gründer der AG vor deren Errichtung für die zu gründende Gesellschaft einen Vertrag betreffend die Uebernahme von Vermögenswerten (Ueberlassungsvertrag) abgeschlossen haben, derart, dass die Gesellschaft mit diesen Vermögenswerten oder einem Anspruch auf Erlangung derselben ausgerüstet ins Leben tritt und folgerichtig das in den Statuten festgesetzte Grundkapital von Anfang an um den im Ueberlassungsvertrag vereinbarten Gegenwert der übernommenen Gegenstände verkürzt wird⁶⁶».

Die zu übernehmenden Vermögenswerte können aus irgendwelchen Sachen oder Rechten bestehen, aus Grundstücken, Geschäften, Lieferungsverpflichtungen, Patentrechten etc.⁶⁷. Einlage- und Uebernahmegründung bilden die beiden Arten der qualifizierten Gründung, aus denen dem Grundkapital der Gesellschaft eventuell eine Minderung erwachsen kann⁶⁸. Eine weitere Belastung der in Gründung befindlichen AG bilden die Vorteile, die sich die Gründer selbst für ihre Gründungskosten oder Bemühungen während der Entstehungszeit der Gesellschaft ausbedingen⁶⁹. Diese Gründervorteile können sowohl Mitgliedschafts- als auch Vermögensrechte zum Inhalt haben⁷⁰. Mannigfache Möglichkeiten der Benachteiligung einer Minderheit von Zeichnern oder Gläubigern ergeben sich daraus. Ein wirksamer Schutz aller Nichtgründer und Gläubiger im Falle der qualifizierten Gründung, und wenn Gründervorteile gewährt werden, könnte durch das Gesetz nur dadurch erzielt werden, dass eine amtliche Schätzung die Angemessenheit der Einlage- und Uebernahmepreise und der zugesicherten Vorteile kontrollieren würde. Eine solche Nachprüfung würde praktisch aber auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen. So wurde im Nationalrat anlässlich der Beratung über die Re-

⁶⁶ Kant, Entscheid zit. bei Locher 29. Vgl. Wehrli 69 ff.

⁶⁷ Henggeler 20.

⁶⁸ Henggeler 20: Dass diese ebenso für die Gesellschaft wie für Aktionäre oder Gläubiger gefährliche Konsequenzen haben können, ist unbestreitbar. Schwierig ist aber ein gesetzlicher Schutz ohne Gefährdung berechtigter Interessen. Vgl. dazu auch besonders: A. Wieland, in: SJZ 45, 33/51: neuere schweizerische und deutsche Literatur und Judikatur, speziell betreffend die Frage der Nachgründung. Vgl. Wehrli 3 ff. a. M. Furler, in: SJZ 45, 133 ff.

⁶⁹ Wie Locher 29 unterscheidet auch A. Wieland, in: SJZ 45, 53 zwischen Gründungsaufwand und eigentlichen Gründervorteilen.

⁷⁰ Ueber den Inhalt dieser Sondervorteile vgl. Wehrli 32/35; für das deutsche Recht vgl. Düringer-Hachenburg zu § 186 Anm. 4—14.

vision des aOR ein diesbezüglicher Antrag mit Mehrheit abgelehnt⁷¹. Das rev. OR verlangt nun in art. 628 nur, dass Einlage- und Uebernahmepreise, sowie Umfang der Gründervorteile bei der Simultangründung in den Statuten erwähnt sein müssen. Für die Sukzessivgründung schreibt art. 630 OR zusätzlich vor, dass ein Gründerbericht erstellt und darin die Angemessenheit der Uebernahme- und Vorteilsbedingungen begründet werde. Die im rev. OR allgemein wesentlich verschärfte Verantwortlichkeit der Gründer soll die Schutzmassnahmen zugunsten von Gesellschaft, Aktionären und Gläubigern wirksam ergänzen⁷².

Hinsichtlich der Personen, denen Gründereigenschaft zukommt, gilt, wie oben ausführlich dargestellt⁷³, das Prinzip, dass nicht nur die eigentlichen Initianten einer Gesellschaftsgründung verantwortlich werden können, sondern alle Personen, «die bei der Gründung irgendwie tätig sind⁷⁴». Dies gilt besonders für den Fall, dass die eigentlichen Träger der Gründungsabsicht es vorziehen, im Dunkeln zu bleiben und sogenannte Strohmänner zur Zeichnung von Aktien und damit zur Uebernahme der rechtlichen Verantwortlichkeit vorzuschicken. Durch einen neueren Entscheid des Bundesgerichtes⁷⁵ ist hier die Verteilung der Haftung abgeklärt worden. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die hinter dem Strohmännern stehenden, eigentlichen wirtschaftlichen Gründer zu den Gründern im Sinne des art. 753 OR gezählt werden müssen. Dies unbeschadet des Rechtsverhältnisses, in das sie zu den öffentlich handelnden Personen getreten sind. Auch sie werden im Sinne des art. 753 OR verantwortlich, während andererseits die Strohmänner aus diesem Grunde nicht entlastet werden⁷⁶.

Grundsätzlich ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Verantwortlichkeit der Gründer von derjenigen der mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen durch die art. 753/54 OR positiv abgegrenzt. Allein das heisst nicht, dass praktisch die Gründer nicht in einem späteren Zeitpunkt, nach dem Eintrag der Gesellschaft in

⁷¹ Sten.Bull NR 1934, 274.

⁷² Mit dem im schweiz. OR nicht anerkannten Vorgehen über die sogenannte Nachgründung soll in der Praxis den Vorschriften über die qualifizierte Gründung ausgewichen werden. Vgl. dazu den neuesten ausführlichen Artikel von A. Wieland: SJZ 45, 33/51.

⁷³ Vgl. vorn 31 ff. Prax. 27, 4; 40, 100.

⁷⁴ BGE 76 II 307 und Entscheide vom 21. März und 3. Okt. 1950, in: «Schw. AG» 23, 6 und 73. Vgl. Hotz 77 ff.

⁷⁵ BGE 59 II 443; 76 II 311 ff. Vgl. Hotz 79 ff.

⁷⁶ BGE 59 II 68. Vgl. Hotz 80 und dort angeführte Entscheide.

das Handelsregister, in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Verwaltung für Schäden aus der Zeit der Gründung haftbar gemacht werden können. Dieser Fall tritt u. E. dann ein, wenn eine sogenannte Nachgründung vorliegt, die ehemaligen Gründer als jetzige Organe, in Erfüllung schon vor dem Handelsregistereintrag eingegangener Uebnahmeverträge⁷⁷ dem Grundkapital bedeutende Barmittel entziehen⁷⁸.

b) Die rechtliche Natur der Schädigung

Die Verantwortlichkeit der Gründer wurde schon zur Zeit des aOR im allgemeinen als solche aus Delikt betrachtet; dies jedoch nicht ausnahmslos⁷⁹. Verletzt sind allgemeine Rechtsnormen oder positive Schutzbestimmungen. Schon in der alten Praxis fiel es schwer, zwischen der noch nicht entstandenen Gesellschaft, den noch unbekannten Aktionären und Gläubigern einerseits und den Gründern andererseits ein Vertragsverhältnis zu konstruieren⁸⁰. Mit der Revision des OR hat die Frage ihre Bedeutung verloren; das Gesetz selbst regelt die Klagevoraussetzungen gegen die Gründer abschliessend und zwingend⁸¹. Im Vordergrund steht die Pflicht der Gründer, über die wirtschaftliche Lage der AG die Wahrheit zu sagen. Unwahr sind aber nicht nur unrichtige, sondern auch solche Angaben, welche wohl den augenblicklichen Stand der Gesellschaftsfinanzen richtig darstellen, jedoch für einen späteren Zeitpunkt bereits fest beschlossene Dispositionen verschweigen⁸².

⁷⁷ Diese Verträge brauchen nicht formgerecht abgeschlossen zu sein. Es genügt die gegenseitige feste Absicht, die Verträge nach der Eintragung der Gesellschaft zu erfüllen. Vgl. dazu nichtveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 12. 2. 1944, zit. in: SJZ 45, 36. Die Klagelegitimation der Gesellschaft entsteht mit dem Zeitpunkt ihrer Eintragung im Handelsregister. Vgl. Hotz 198 ff.

⁷⁸ Vgl. A. Wieland a.a.O. 56 Anm. 4. Die Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane ergreift ebenfalls jedes Verschulden gerade in denjenigen Fällen, an die bei den Gefahren der Sachübernahme immer gedacht wird. Vgl. auch K. Wieland II. 205 ff. Henggeler 26: Es liegt keine Veranlassung vor, dem unlösbaren Problem nachzugehen, wie die Umgehung der Apportvorschriften gesetzlich oder praktisch zu verunmöglichen ist; durch eine scharfe Anwendung der Verantwortlichkeitsbestimmungen für die Geschäftsführung können alle legalen Interessen befriedigt werden.

⁷⁹ Vgl. Ruegg 69/70 a. M. i. Entsch. bei Weiss zu art. 672 aOR Nr. 6064.

⁸⁰ Bestritten war z. Z. des aOR auch die ausnahmslose Anwendung der art. 41 ff. aOR auf die Gründerverantwortlichkeit. Vgl. Hotz 176/78 und dort angeführte Literatur und Judikatur.

⁸¹ Vgl. art. 628/30 und 753 OR. A. Wieland, in: ZSR 43, 50/51.

⁸² BGE 34 II 28 ff. Vgl. i. Weiss zu art. 672 aOR Nr. 6064. BGE 47 II 272. Wehrli 67. Vgl. dazu: Jäggi, P., Die Scheineinzahlung von Aktien, in: SJZ 48, 301: «Art. 753 Ziff. 2 OR schliesst auch den Gesamtatbestand der Bargründung mit verschleierter Nichtliberierung ein.»

Während in den gesamten Verantwortlichkeitsvorschriften des rev. OR für jedes Verschulden gehaftet wird, macht art. 753 Ziff. 3 davon eine Ausnahme. Nur wer wissentlich dazu beigetragen hat, dass zahlungsunfähige Zeichner zur Aktienzeichnung zugelassen wurden, wird aus dieser Tätigkeit verantwortlich. Diese Bestimmung richtet sich in erster Linie gegen die Strohleute. Wer weiss, dass ein Strohmann Aktien in einem Umfang zeichnet, der seine persönlichen finanziellen Möglichkeiten weit übersteigt, und nicht gegen diese Zeichnung protestiert, wird durch diese Haltung bei später aus der Insolvenz des Zeichners entstehendem Schaden für diesen haftbar⁸³.

c) Anfang und Ende der Gründung

Die Haftbarkeit der bei der Gründung tätigen Personen beschränkt sich auf Handlungen, die in einen bestimmten Zeitraum des Gründungsvorganges der Gesellschaft fallen. Während dieser nach oben durch den Eintrag der Gesellschaft im Handelsregister klar abgegrenzt werden kann, ist die Frage nach dem Zeitpunkt des Beginns der Gründung umstritten. Henggeler⁸⁴ will die auf die Gründung hinielenden, vorbereitenden Handlungen aus der eigentlichen Gründung ausschliessen und hält an der restriktiven Auslegung der art. 629 und 638 OR fest. Zutreffender ist u. E. die Auffassung von Schucany⁸⁵, der dem Begriff «bei der Gründung» eine weitergehende Deutung geben und besonders diejenigen Rechtsakte, die als Vorbereitung und im Hinblick auf die Gründung getätigt werden, darin einschliessen will. Zieht man in Betracht, dass z. B. die anlässlich des Gründungsaktes bereits fertig vorliegenden Verträge oft langwierige Vorbereitungen und Teilabmachungen erfordern, so ist nicht einzusehen, warum aus diesen ausschliesslich zum Zwecke der Gründung vorgenommenen Handlungen für die Handelnden keine Haftbarkeit als Gründer entstehen soll (vgl. art. 645 OR).

Dass die Gründung abgeschlossen werden kann und die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen wird, ist keine Voraussetzung dieser Haftbarkeit. Sehr häufig kommt es ja vor, dass gerade wegen der schädigenden Handlung der Gründer ein Eintrag verweigert werden

⁸³ Vgl. Henggeler 30 ff.

⁸⁴ Henggeler 18. «Wann die Gründung beginnt, also die Vorbereitungshandlungen zum Abschluss gekommen sind, bestimmt sich nach der gesetzlichen Regelung der Gründertätigkeit.»

⁸⁵ Komm. zu art. 753 OR Anm. 1.

muss⁸⁶. Der eigentliche Gründungshergang setzt sich zusammen aus der Aufstellung des Statutenentwurfs, aus den Massnahmen zur Beschaffung des Grundkapitals, aus dem Gründungsakt und aus der Verleihung der juristischen Persönlichkeit⁸⁷.

In der Praxis ist die viel umstrittene Erscheinung der sogenannten «Nachgründung» aufgetreten und zu grosser Blüte gelangt. Es handelt sich dabei darum, dass, zwecks Umgehung der Apport- und Uebernahmebestimmungen, Verträge auf Uebernahme von Sachwerten oder Rechten erst nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister abgeschlossen werden, obwohl der feste Wille der Parteien auf Abschluss schon vor dem Eintrag feststand⁸⁸. Die Frage, ob ein solcher Erwerb der Gesellschaft als «Uebernahme», Einlage oder als legales Geschäft der eingetragenen AG zu betrachten sei, hat das Bundesgericht und die Lehre stark beschäftigt⁸⁹. Näher auf dieses Problem einzutreten, würde unseren Aufgabenkreis überschreiten. Die Frage hat grosse wirtschaftliche Bedeutung; jedoch kann es sich nicht darum handeln, dass rechtlich eine Erweiterung des Rahmens der zur Gründung zählenden Handlungen erstrebt wird⁹⁰.

In der Regel ist die Existenz einer AG aus der Nichtbefolgung von Sachübernahmevorschriften nicht bedroht. Die Frist zur Anfechtung der Eintragung nach art. 643 III OR erlischt nach drei Monaten und die Verantwortlichen werden sich hüten, in diesen drei Monaten den Geschädigten irgendwie Kenntnis von den Sachübernahmen zu geben⁹¹.

Das rev. OR brachte endlich insofern eine Neuerung, als art. 650 verlangt, dass die Bestimmungen über die Neugründung auch dann zu beachten seien, wenn eine bestehende Gesellschaft neue Aktien ausgabe.

⁸⁶ Betr. Prüfungspflicht des Handelsregisterführers vgl. Wehrli 106 ff. Stokar 53 ff.
⁸⁷ Locher 18.

⁸⁸ Nach Wehrli 81 liegt dann keine Sachübernahme (mit Statuteneintrag) vor, wenn vor der Gründung nur «Pläne und Absichten» auf spätere Uebernahme vorliegen. «Vereinbarungen», auch wenn sie noch keine Formgültigkeit haben, sind jedoch festsetzungspflichtig.

⁸⁹ Vgl. Henggeler 23/25: dort angeführte Literatur und Judikatur. Locher 26 ff. BGE 59 II 446. Hotz 140—170.

⁹⁰ Wie Henggeler 24 u. E. zutreffend ausführt, muss im Interesse der Rechtssicherheit ein klarer Schlussstrich bei der Gründung gezogen werden. Dieser ist gegeben durch die Eintragung im Handelsregister. Allerdings stellt sich der Autor u. E. dagegen nicht in Widerspruch zur Auffassung des Bundesgerichtes in BGE 59 II 446 ff.

⁹¹ Vgl. Wehrli 112. Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts vom 17. 2. 1947: Der dissimulierte Sachübernahmevertrag ist rechtsunwirksam, auch wenn die AG im Handelsregister eingetragen worden ist.

Kapitalerhöhungen müssen deshalb nach neuem Recht als teilweise Neugründungen behandelt werden und es greift demzufolge auch wieder die Gründerverantwortlichkeit Platz.

d) Der Schaden

Beim Betrachten der Schädigungen, die in der Gründungszeit der Gesellschaft und aus den Gründungshandlungen entstehen können, gelangt man zu verschiedenen Möglichkeiten der Schadensunterscheidung. Man kann z. B. darauf abstellen, ob der Schaden vor oder nach dem Eintrag der Gesellschaft eingetreten ist, oder ob er den Gesellschaftern und Gläubigern unmittelbar oder nur mittelbar zugefügt wurde. Schliesslich können Schäden nach den drei Tatbestandsgruppen des art. 753 in Verbindung mit den art. 628 und 630 OR unterschieden werden.

Das erste Kriterium kann für die Schadensregulierung insofern von Bedeutung sein, als sich bei Schadenseintritt nach dem Handelsregistereintrag die Frage erhebt, ob eine Verletzung der Verwaltungspflichten der Organe vorliege, oder ob die Ursachen des Schadens in deren Handlungen als Gründer zu suchen seien.

Praktisch vereinfacht sich das Problem insoweit, als bei schädigenden Handlungen oder bei Auftreten der Schäden nach dem Registereintrag wohl einerseits immer eine Verletzung der Sorgfaltspflicht der Organe angenommen werden kann, andererseits diese aber auch in ihrer früheren Eigenschaft als Gründer für die Schaden verursachenden Geschäfte in Anspruch genommen werden können, sofern diese Geschäfte schon vor der Gründung «vereinbart» waren⁹².

In der Literatur ist da und dort die Meinung anzutreffen, alle Schäden aus Gründerverantwortlichkeit seien unmittelbarer Natur⁹³. Bei der Haftung für ungenaue Angaben über die Zusammensetzung des Grundkapitals gegenüber den Zeichnern könne kein Kausalzusammenhang für einen Schaden der Gesellschaft konstruiert werden. Im Gegensatz zu dieser verallgemeinernden Ansicht ist jedoch u. E. mit A. Wieland⁹⁴ anzunehmen, dass ein mittelbarer Schaden sehr wohl entstehen kann; nämlich

⁹² Bei der Klageerhebung gegen die noch nicht eintragene Gesellschaft ist wie gegen eine einfache Gesellschaft vorzugehen. Vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kts. Zürich vom 13. 11. 1946, zit. in: SJZ 43, 174.

⁹³ z. B. Wehrli 121/22: Der Schaden ist nur durch Täuschung nach OR 41 ff. entstanden. Getäuscht können hier nur die Aktionäre oder Gläubiger sein, nicht die Gesellschaft.

⁹⁴ In ZSR 41, 524. K. Wieland II, 139. Vgl. art. 755 OR.

dann, wenn die Gesellschaft durch Verschleierung von Apports oder Ueberbewertung von Sacheinlagen direkt in der Substanz des Grundkapitals verletzt wird und die Zeichner und eventuellen Gläubiger dadurch zu Verlust kommen ⁹⁵.

Ein nicht herkömmlicher Schadensbegriff für den aus art. 753 OR hergeleiteten mittelbaren Schaden wird in der neuesten Literatur angenommen. Danach besteht zwischen dem mittelbaren Schaden ⁹⁶ aus art. 754 OR und demjenigen aus art. 753 OR ein grundlegender Unterschied. Im ersten Fall bestehe er immer in einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens, während im zweiten eine wertmässige Differenz zwischen vorgetäuschem und wirklichem Zustand bei der Gründung als eigentlicher Schaden erscheine. Daraus ergebe sich, dass die Haftung aus art. 753 OR für mittelbaren Schaden eine solche eigener Art sein müsse. Es komme ihr ein rechtsgeschäftlicher Einschlag zu, was daraus hervorgehe, dass die Gründer nicht einen früheren Vermögensstand der Gesellschaft wiederherzustellen haben, sondern erstmals den vorgetäuschten. Bei der Scheineinzahlung von Aktien ist somit der mittelbare Schaden so hoch, wie der nur scheinliberierte Betrag.

Aus dieser Auffassung ergibt sich kein Widerspruch zur heutigen Rechtssprechung über die Gründerhaftung.

Die in der Praxis der Gründerhaftung aus art. 753 OR am häufigsten auftretenden Schadensformen sind die folgenden:

1. *art. 753 Ziff. 1:*

Der Schaden, der aus Verletzung dieser Haftungsnorm ⁹⁷ über die qualifizierte Gründung entstehen kann, besteht darin, dass der Gesellschaft, den Zeichnern (Aktionären) oder den Gläubigern Vermögenswerte entzogen werden, auf die sie gemäss Statuten, aus der Zeichnung oder aus Kreditvertrag Anspruch erheben können. Werden bei der Gründung in den Statuten oder dem Gründerbericht Sacheinlagen und übernommene Vermögenswerte verschwiegen, unrichtig dargestellt oder verschleiert, und werden auf Grund dieser Angaben Aktien

⁹⁵ Die Frage ist im rev. OR geklärt, da art. 753 selbst statuiert, dass die Gesellschaft geschädigt werden kann. Vgl. Hotz 183/84. Nach deutschem Recht (Akt. Ges. § 39) besteht eine Haftung der Gründer nur der Gesellschaft gegenüber.

⁹⁶ Vgl. Jäggi in: SJZ 48, 304/05 (Oktober 1952).

⁹⁷ Hotz 96 findet die Formulierung des art. 753 Ziff. 1 ungenügend und unglücklich. Es wäre vorsichtiger gewesen, wenn der Gesetzgeber auf art. 628 und 630 OR verwiesen hätte. Vgl. Siegwart Komm. zu art. 628 OR Anm. 15.

gezeichnet oder Kredite gewährt, so laufen die Zeichner und Gläubiger Gefahr, die investierten Werte teilweise oder ganz zu verlieren⁹⁸. Kommt die Gründung nicht zustande oder gerät die Gesellschaft in Konkurs, so zeigt sich, dass z. B. durch Ueberbewertung von eingebrachten und übernommenen Sachen das Aktienkapital nur fiktiv vorhanden war⁹⁹. Der Liquidationsanteil der Aktionäre erreicht die Höhe des einbezahlten Zeichnungswertes nicht, oder die Gläubiger erhalten nur eine geringe Konkursdividende¹⁰⁰ (vgl. dazu: BGE 58 II 156; 59 II 443; 64 II 272; SJZ 43, 183/363; 43, 106/117; 45, 33/51, 133; RGZ 157/213, 159/211, 144/356, 154/276).

2. *art. 753 Ziff. 2:*

Die Art des Schadens ist hier die gleiche wie unter Ziff. 1; dessen Entstehung und Verursachung jedoch abweichend insofern, als die Haftung aus irreführenden Eintragungen in das Handelsregister in Zusammenhang mit art. 633 III OR gesehen werden muss. Der Schaden leitet sich in der Praxis meist daraus her, dass das Aktienkapital, entgegen der dem Handelsregisterführer gemachten Angaben zwar wohl bar einbezahlt ist, jedoch in Form eines unechten oder kurzfristigen Kredites tatsächlich den Gläubigern nicht zur Verfügung steht¹⁰¹.

In diesem Tatbestand eingeschlossen ist vor allem auch die Bargründung mit verschleierte Nichtliberierung, die sog. Scheinzahlung. Der Schaden besteht darin, dass z. B. die erworbenen Aktien weniger wert sind, als auf Grund des Eintrages angenommen werden konnte¹⁰².

⁹⁸ Nach Wehrli 122 liegt allerdings im Moment des Eintrags eine Bargründung vor. U. E. ist aber das Barkapital schon in diesem Zeitpunkt als beeinträchtigt zu betrachten, woraus die Haftung der Gründer auch nach dem Eintrag abzuleiten ist. Vgl. Jäggi, in: SJZ 48, 302.

⁹⁹ Vgl. neuestes Urteil des Zivilgerichts des Kantons Baselstadt vom 27. 12. 1949 sowie BGE 76 II 311 ff.

¹⁰⁰ Zur Begründung einer Haftbarkeit ist erforderlich, dass ein Schaden überhaupt und dass er durch die Verletzung des art. 753 Ziff. 1 entstanden ist. Nachträgliche Richtigbewertung in der eingetragenen Gesellschaft kann heilend wirken und die Getäuschten können nur ihr negatives Vertragsinteresse geltend machen. Vgl. Henggeler 26/27, BGE 61 II 234.

¹⁰¹ Vgl. Hotz 124 ff. und angeführte Entscheide. Die Gläubiger können nach art. 753 OR auch im Falle der Gründerverantwortlichkeit erst nach Eröffnung des Konkurses klagen.

¹⁰² Vgl. dazu: Jäggi a.a.O. 301/02.

3. art. 753 Ziff. 3:

Auch hier entsteht der Schaden der Gesellschaft, den Aktionären und vor allem den Gläubigern dadurch, dass bei der Aufforderung zur Liberierung der gezeichneten Beträge, einzelne Aktionäre oder Zeichner sich als insolvente Strohleute erweisen. Das Grundkapital kann nicht im vorgesehenen Masse zusammengetragen oder integriert werden und verliert damit seinen Wert als Kredithinterlage¹⁰³. Im Konkurs haftet das gesamte verbleibende Aktienkapital den Gläubigern, also kommen vor allem diejenigen Aktionäre zu Schaden, die ihrer Liberierungspflicht genügt haben.

3. Schaden aus Geschäftsführung

a) Begriffliches

Unter der «Geschäftsführung» im nun folgenden Abschnitt soll in Abweichung von der gesetzlichen Terminologie des art. 754 OR nicht nur diejenige Tätigkeit verstanden werden, die einer bestimmten Gruppe untergeordneter Organe der AG im normalen Geschäftsverkehr durch Statuten oder Reglemente zugeschrieben wird. Es soll hier vielmehr von jedem geschäftlichen Verhalten gesprochen werden, das die solvente Gesellschaft Dritten gegenüber berechtigen und verpflichten kann. Die Organe sind geschaffen, diesem Verhalten Ausdruck zu geben. Zu diesen Organen gehören im erweiterten Sinn unserer Definition: Die Generalversammlung der Verwaltungsrat und seine Delegierten sowie die Geschäftsführer im engeren Sinn¹⁰⁴. Von der Schadensverursachung durch Kontrollstelle und Liquidatoren, als weiteren Organen der Gesellschaft, soll später die Rede sein.

Die grosse Zahl der als Verantwortliche und Geschädigte in Betracht gezogene Personen, die Komplexität der Frage der verletzten Pflichten und die verschiedenen Möglichkeiten der Schadensqualifizierung erschweren eine nach allen Gesichtspunkten hin systematische Darstellung auf beschränktem Raum. Nach der Ordnung der schadenstiftenden Organe soll im vorliegenden Abschnitt darum ein Ueberblick über die Haftungs-

¹⁰³ BGE 50 II 177; 59 II 442. Vgl. dazu Hotz 139 Anm. 1 und 2. Vgl. auch Jäggi in: SJZ 48, 299 ff.: «Einen unmittelbaren oder mittelbaren Schaden verursacht auch die Scheinliberierung von Aktien».

¹⁰⁴ Vgl. Hofer 8 ff., Senn 19 ff., H. Zimmermann 67 ff.; der die Begriffe «Geschäftsführung» und «Vertretung» für die AG gründlich untersucht.

verhältnisse gegeben werden, die art. 754 I OR begründet. Dabei muss im Hinblick auf das gesetzte Ziel von einer Abgrenzung der Haftungsnorm dieses Artikels gegenüber derjenigen des art. 718 III OR abgesehen werden (vgl. Schucany Komm. zu art. 718 III OR Anm. 4).

b) Schaden aus Generalversammlungsbeschlüssen

Die Generalversammlung ist nicht die Gesellschaft: sie ist lediglich befugt, deren Willen zu bilden und denselben Ausdruck zu verleihen¹⁰⁵. Ausser gewissen Ueberwachungsaufgaben kommen ihr irgendwelche Verwaltungsfunktionen deshalb nicht zu. Wenn gleichwohl die möglichen schädigenden Wirkungen von Generalversammlungsbeschlüssen hier erörtert werden sollen, so geschieht es im Rahmen der Betrachtungen über die Geschäftsführung insofern, als, vom Standpunkt der Schädigung aus gesehen, die Schadenszufügung als Handlung im Bereiche der geschäftlichen oder innergesellschaftlichen Tätigkeit der AG erscheint¹⁰⁶.

Die Generalversammlung hat sich in ihren Beschlüssen im Rahmen von Gesetz und Statuten zu bewegen. Tut sie dies nicht, so sind diese entweder nichtig oder anfechtbar und es ist Pflicht der Verwaltung, die GV auf die Pflichtverletzungen aufmerksam zu machen¹⁰⁷. Bleibt dieses Vorgehen ohne Erfolg, so ist die Kontrollstelle zu benachrichtigen. Schliesslich bleibt der Verwaltung und den Aktionären das Recht der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nach art. 706 OR. Durch die Aufhebung von rechts- oder statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlüssen wird in der Regel ein drohender oder bereits entstandener Schaden behoben¹⁰⁸. Dieser Fall trifft jedoch nicht immer zu und es fragt sich nun, ob z. B. dem Aktionär in diesem Fall trotz Aufhebung des Generalversammlungsbeschlusses eine Klage auf Ersatz seines erlittenen Schadens gegen die Gesellschaft zusteht. Die Meinungen darüber in der Literatur sind nicht einheitlich und das Gesetz äussert sich dazu nicht.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Peyer 1 ff. K. Wieland II, 249.

¹⁰⁶ Vgl. Biggel 81 ff.

¹⁰⁷ Schadenersatzansprüche der Aktionäre entstehen auch, wenn der Schaden durch Handlungen der Verwaltung in Ausführung eines gesetz- oder statutenwidrigen Generalversammlungsbeschlusses entstanden ist. Vgl. dazu hinten 73 ff. Schucany Komm. zu art. 754 OR Anm. 4. Biggel 82. Betr. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit vgl. Peyer 3 ff. BGE 50 II 500.

¹⁰⁸ BGE 72 II 295 ff. betreffend Tantiemenansprüche vgl. BGE 75 II 149 ff., betreffend Anfechtung von GV-Beschlüssen bei ungerechtfertigten Stimmrechtsbeschränkungen vgl. E. Hagmann 97 ff.

Während Weiss¹⁰⁹ und Peyer¹¹⁰ eine Möglichkeit erst in der weiteren Entwicklung des Aktienrechts sehen, glaubt A. Wieland¹¹¹, die gesetzlichen Grundlagen einer solchen Klage schon heute im rev. OR zu finden. Weiss führt a. a. O. aus:

«Aber auch die Beschlussfassung durch die Generalversammlung kann dem Aktionär Schaden zufügen, der durch die Aufhebung oder selbst die Korrektur eines Beschlusses nicht gutgemacht wird. Kann der Aktionär in solchen Fällen gegen die einzelnen Aktionäre, gegen die die Macht missbrauchende Mehrheit auf Schadenersatz klagen? Es fehlt nicht an Stimmen, die den Schutz des Aktionärs in diesem Sinne ausdehnen wollen. Vielleicht führt eine künftige Entwicklung in dieser Richtung. Für das geltende Recht sehen wir nur eine Möglichkeit der Klage gegen Mitaktionäre, dann, wenn im Verhalten solcher Mehrheitsaktionäre ein Delikt, z. B. eine böswillige Vermögensschädigung, ein Betrug, zu finden ist, das massgebend auf das Ergebnis der Beschlussfassung gewirkt hat.»

A. Wieland a. a. O. folgert daraus u. E. nicht zu Recht, dass Weiss eine Klage gegen die Gesellschaft vollständig ablehnt. Er bemerkt dazu:

«Die gelegentliche Behauptung, dass dem Aktionär überhaupt kein Schadenersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft zusteht, widerspricht für das schweizerische Recht direkt dem revidierten OR. Freilich handeln art. 754 und 755 nur von der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane, nicht der Gesellschaft selbst. Schon dass aber dem geschädigten Aktionär im Falle des vom Gesetze als unmittelbar bezeichneten primären Schadens eine Einzelklage aus Vertrag gegenüber den Gesellschaftsorganen eingeräumt wird, und zwar auf Leistung an sich selbst, wie sich per argumentum e contrario klarerweise aus art. 755 ergibt, findet sich kaum in einem andern Aktiengesetze. Entscheidend für die direkte Verantwortlichkeit der Gesellschaft und nicht nur der Gesellschaftsorgane für den einem Aktionär aus einer

¹⁰⁹ In SJZ 39, 538 ff., A. Wieland in SJZ 49, 157/169 ff.

¹¹⁰ 25 ff. Peyer stellt einem Schadenersatzanspruch des Aktionärs das Verbot von Einlagerückzahlungen gegenüber und lehnt darum einen solchen Anspruch grundsätzlich ab. Es ist ihm u. E. jedoch darin nur teilweise beizupflichten, nämlich nur insofern, als für die Befriedigung solcher Ansprüche der Gesellschaft ausser dem Aktienkapital und den gesetzlichen Reserven keine anderen Mittel zur Verfügung stehen.

¹¹¹ In SJZ 43, 117 ff.

Verletzung des Gesellschaftsvertrages durch die AG entstandenen primären Schaden nach rev. OR ist die Tatsache, dass es mehrere Fälle primären Schadens erwähnt, in denen eine direkte Haftbarkeit der Gesellschaft entweder ausdrücklich festgestellt oder doch stillschweigend vorausgesetzt wird. Letzteres trifft z. B. für art. 652 zu, wenn das gesetzliche Bezugsrecht des Aktionärs auf neu emittierte Aktien von der Gesellschaft missachtet wird.»

Ohne auf diese Frage weiter einzutreten, sei noch vermerkt, dass Wieland solche Schadenersatzklagen auch dann zulassen will, «wenn sie sich auf ihre Aktienbeteiligung gründen, oder sie zur Voraussetzung haben¹¹². Eine Einschränkung des Ersatzanspruches sieht er nur darin, dass der Aktionär im konkreten Fall dem zwingenden Einlagerückzahlungsverbot zu weichen hat.

Der im Namen der Gesellschaft, durch die Generalversammlung verursachte Schaden kann naturgemäss mittelbarer oder unmittelbarer Art sein. Direkt oder indirekt geschädigt sind die Aktionäre oder die Gläubiger. Beispiele direkter Schadenszufügung sind darin zu sehen, dass z. B. im Falle einer Kapitalerhöhung vor dem Eintrag Aktientitel ausgegeben werden, die darum nichtig sind. Weiter ist dazuzuzählen, die widerrechtliche Amortisation oder Kaduzierung von Aktien, das unberechtigte Zurückbehalten des Aktientitels durch die Gesellschaft, sofern dem Aktionär daraus Schaden entsteht (z. B. durch Nichtverkaufenkönnen) oder die Missachtung von Bezugsrechten¹¹³. Schäden, die durch Verletzung des Rechtes auf Dividende oder Anteil am Liquidationsergebnis usw. entstanden sind, können hingegen mittels der Anfechtungsklage meist repariert werden und bieten keine weiteren Schwierigkeiten¹¹⁴. Die Gläubiger erleiden immer dann einen Schaden, wenn die Integrität des Grundkapitals durch Generalversammlungsbeschlüsse verletzt wird. Dieser Schaden ist vorläufig jedoch nur mittelbarer Natur und kann ausser Konkurs nicht geltend gemacht werden. Die Generalversammlung kann die Gläu-

¹¹² a.a.O. 118. Vgl. dazu auch: H. Zimmermann, in: «Schw. AG» 18, 117/143. Ueber die Stellung des Gläubigers bei Machtmissbrauch durch einen oder mehrere Aktionäre in der GV vgl. Wolf 12 ff.

¹¹³ Vgl. weiter dazu: A. Wieland a.a.O. 118 ff.; ferner: Schucany Komm. zu art. 754 OR Anm. 4.

¹¹⁴ Vgl. BGE 72 II 293 ff. Henggeler 40: «Die Dividendenverteilung der diesem (Bank-) Zusammenbruch vorangehenden Jahre bilden regelmässig Gegenstand zur Anrufung der Verantwortlichkeit.»

biger dadurch unmittelbar schädigen, dass sie durch widerrechtliche Beschlüsse Darlehens- oder Kreditverträge direkt verletzt ¹¹⁵.

Abschliessend kann gesagt werden, dass die Generalversammlung die Gesellschaft durch ihre schädigenden Beschlüsse wohl verantwortlich und schadenersatzpflichtig machen kann, dass aber insbesondere bei deren fahrlässigem Zustandekommen die Verantwortung auf diejenigen Personen fällt, die über die Rechtmässigkeit der Beschlüsse zu wachen haben und denen ihre Ausführung obliegt ¹¹⁶.

c) Schaden aus Handlungen des Verwaltungsrates

Je grösser eine Aktiengesellschaft in organisatorischer Hinsicht ist, je mehr sie sich geschäftlich entwickelt, um so mehr drängt sich bei ihr eine Verteilung von Rechten und Pflichten in einer bestimmten hierarchischen Ordnung der Geschäftsführung auf. Diese Ordnung ist bei den einzelnen Gesellschaften ausserordentlich verschiedenartig. In der Praxis finden sich von der Einmangengesellschaft bis zur kompliziertesten Hierarchie der modernen Grossbanken und Holdinggesellschaften alle Variationen der möglichen Verwaltungssysteme. Der in der Schweiz noch heute am meisten vertretene Verwaltungstypus ist aber doch derjenige, in welchem an der Spitze des Unternehmens ein Verwaltungsrat mit seinem Präsidenten steht, der die Befugnis zur eigentlichen Geschäftsführung an einen oder mehrere Direktoren und Prokuristen delegiert hat ¹¹⁷.

Trotz solcher Delegation bleibt dem Verwaltungsrat, der sog. höheren Verwaltung, breiter Raum für Handlungen, welche eine Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern begründen können. Ueber die allgemeinen Haftungsgrundsätze, die in der Frage der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in der AG eine Rolle spielen, besteht für das schweizerische Rechtsgebiet eine reichhaltige, neuere Literatur ¹¹⁸. Rechtsnatur der Haftung, Voraussetzungen der Verantwortlichkeit und Klagebeschränkungen wurden zudem in der vor-

¹¹⁵ Vgl. Wolf 14 ff. Zingg 117 ff. betr. Stützungskäufe vgl. Henggeler 37; betr. Streitwertbemessung bei Anfechtung von GV-Beschlüssen vgl. Widmer 103, BGE 54 II 23.

¹¹⁶ Insbesondere also: Verwaltung und Kontrollstelle. Weitere Judikatur zur Anfechtung von GV-Beschlüssen: Vgl. BGE 69 II 246; 71 II 277; 72 II 275; 75 II 149.

¹¹⁷ Vgl. dazu H. Zimmermann 32 ff. BGE 75 I 325 ff.

¹¹⁸ Vgl. Henggeler, Biggel, H. Zimmermann, Piconi, Senn, Greuter, Vigier, Kaeslin, Kolb.

liegenden Arbeit im I. Teil bereits erörtert. Es erübrigt sich darum, darauf nochmals im Detail zurückzukommen.

Zu untersuchen bleibt noch die Frage, welches das Rechtsverhältnis zwischen der Generalversammlung als beschlussfassendem und dem Verwaltungsrat als ausführendem Organ der Gesellschaft im Hinblick auf die Verantwortlichkeit ist. Aus der Struktur der AG geht hervor, dass es sich um ein Auftragsverhältnis handeln muss. Demzufolge wird der Verwaltungsrat der Gesellschaft für das Nichtausführen oder die mangelhafte Durchführung von Generalversammlungsbeschlüssen aus allgemeinen Haftungsgrundsätzen verantwortlich. Führt nun der Verwaltungsrat einen solchen Beschluss aus, der jedoch infolge seiner Widerrechtlichkeit die Gesellschaft, die Aktionäre oder die Gläubiger schädigen wird, so kann er sich nicht dadurch einer späteren Verantwortlichkeitsklage entziehen, dass er sich auf seinen Auftrag beruft. Dieser Auftrag lautet nämlich nicht nur dahin, dass der Verwaltungsrat die Beschlüsse der Generalversammlung auszuführen habe, sondern zugleich generell auch dahin, dass er darüber zu wachen habe, dass sich das Geschäftsgebahren der AG innerhalb der von Gesetz, Statuten und Reglementen gezogenen Schranken bewege¹¹⁹. Diese Aufsichtspflicht der Verwaltung kommt im deutschen Recht in sprachlicher Hinsicht besser zum Ausdruck, indem dort von einem Aufsichtsrat gesprochen wird. Im schweizerischen Recht gibt das rev. OR der Verwaltung in art. 706 ausdrücklich ein Anfechtungsrecht. Macht der Verwaltungsrat von diesem Recht im gegebenen Moment keinen Gebrauch, so verletzt er damit eine Sorgfaltspflicht und wird aus dieser Unterlassung verantwortlich. Die Einrede, dass er in seinem Verhalten nur einen Generalversammlungsbeschluss respektiert habe, kann ihm durch den Richter höchstens mildernd in Anrechnung gebracht werden.

aa) Der Schaden der Gesellschaft

Durch pflichtwidrige oder unsorgfältige Geschäftsführung des Verwaltungsrates kann der Gesellschaft direkt ein Schaden entstehen. Je nachdem, ob dieser gebundene oder liquide Mittel der Gesellschaft erfasst, kann für die Aktionäre oder Gläubiger daraus auch eine mittelbare Schä-

¹¹⁹ Vgl. Biggel 81 ff. Kolb 78/134.

digung abgeleitet werden¹²⁰. Einer Klage der Gesellschaft auf Ersatz dieses Schadens steht die von ihr den Verantwortlichen erteilte Entlastung entgegen.

Jede Verletzung gesetzlicher oder statutarischer Vorschriften durch den Verwaltungsrat kann die Interessen der AG beeinträchtigen. Verletzt werden diese Vorschriften aber nicht nur durch aktives Handeln, sondern auch durch absichtliches oder fahrlässiges Nichteinschreiten in den vom Gesetz oder den Statuten vorgesehenen Fällen¹²¹. In der Praxis lassen sich besonders häufig solche Schadensereignisse anlässlich von Bankzusammenbrüchen feststellen¹²².

In den meisten dieser Fälle ist im Laufe der Zeit durch die Dispositionen der mit der Verwaltung betrauten Personen das Verhältnis von eigenen Mitteln und Gesamtverbindlichkeiten des Unternehmens derart unangemessen geworden, dass die Zwangsliquidation oder der Konkurs nicht mehr abzuwenden waren, wenn durch panikartige Kündigungen von Darlehen und Sparguthaben ein vermehrter Bedarf an liquiden Mitteln eintrat¹²³. In vielen Fällen war aber die tiefere Ursache solcher Zusammenbrüche darin zu suchen, dass die gesetzlichen Sicherungen eines geordneten Geschäftsbetriebes schon lange ausgeschaltet worden waren, indem die Verwaltungsorganisation dem erweiterten Geschäftsbereich nicht mehr genügte oder indem die Befugnisse der Organe nicht mehr klar abgegrenzt wurden oder diese obligatorischen Organe überhaupt nicht existierten¹²⁴.

Notwendig zur Begründung einer Verantwortlichkeit ist, dass die Gesellschaft einen Schaden nachweisen kann. Nicht jedes pflichtwidrige Verhalten des Verwaltungsrates führt zu einer Schädigung der Gesell-

¹²⁰ Vgl. Henggeler 34. Kann der Schaden nämlich aus flüssigen Mitteln der Gesellschaft gedeckt werden, so entsteht den Gläubigern kein Nachteil und auch die Aktionäre werden Mühe haben, ihren Schaden, der sich eventuell in verminderter Dividende oder Aussicht auf kleineren Liquidationsanteil äussert, nachzuweisen.

¹²¹ Beispiele bei Henggeler 34 ff.

¹²² Vgl. die Darstellung bei Wetter. Die dort geschilderten Bankkatastrophen fielen aber noch in die Geltungszeit des aOR.

¹²³ Vgl. Wetter 163 ff., 194 ff.: Mangelnde Risikoverteilung, Ueberschreiten des natürlichen Geschäftsrays, Bilanzverschleierungen, mangelnde Aufsicht, waren nach Wetter die Hauptursachen der damaligen Bankkatastrophen.

¹²⁴ Wetter 105, insbesondere im Fall der Sparkasse Bremgarten (1913). Henggeler 34 ff. Vgl. dazu Urteil des Kts. Thurgau vom 22. 11. 1951, zit. in: «Schw. AG» 24, 11 ff. BGE vom 8. März 1952: Verwaltungsorgane der Gesellschaft sind nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrates, sondern auch die Personen, die die Gesellschaft tatsächlich leiten (Strohmänner).

schaft, dies besonders dann nicht, wenn nur Spezialvorschriften zum Schutze der Aktionäre oder Gläubiger verletzt sind ¹²⁵.

bb) Der Schaden der Aktionäre

Eine Beeinträchtigung der vermögensrechtlichen Interessen der Aktionäre liegt sowohl dann vor, wenn diese durch die Tätigkeit des Verwaltungsrates direkt in ihren Vermögensrechten gegenüber der Gesellschaft verletzt werden ¹²⁶, als auch dann, wenn ihre aus irgendwelchen rechtlichen Gründen hergeleiteten Forderungen ¹²⁷ durch die Schädigung der Gesellschaft nur mittelbar teilweise oder ganz entwertet werden. Wie oben ¹²⁸ ausgeführt, ist aber auch den Mitgliedschafts- oder Herrschaftsrechten der Aktionäre vermögensrechtlicher Wert zuzuschreiben. Im einzelnen mag für diesen Fall allerdings die Substanziierung eines Schadens Schwierigkeiten bereiten. Der Schaden zeigt sich beim Aktionär darin, dass der Kurs seiner Aktien fällt, dass diese vollständig entwertet werden, dass seine Quote am Liquidationsergebnis dahinfällt, dass er keine Dividenden beziehen kann und dass er eventuell zur Vollübertragung seiner Aktien gezwungen wird, obwohl dies nicht vorgesehen war, oder dass er keine neuen Aktien zu vorteilhaften Bedingungen beziehen kann ¹²⁹.

cc) Der Schaden der Gläubiger

In gleicher Weise wie die Aktionäre können auch die Gläubiger auf verschiedene Art durch Handlungen des Verwaltungsrates zu Schaden kommen. Grundsätzlich besteht ihr Schaden darin, dass ihre Darlehen, Kredite oder andersgearteten Forderungen ¹³⁰ nach dem Schadensereignis ganz oder teilweise als verloren betrachtet werden müssen. Leitet sich die direkte Schädigung der Gläubiger aus deliktischen Handlungen des Verwaltungsrates her, so bestehen für diese keine Klagehindernisse; in den andern Fällen können sie ihren Schaden nur im Konkurs der Gesellschaft geltend machen (art. 756/758 OR) ¹³¹.

¹²⁵ z. B. art. 651/52 OR.

¹²⁶ Vgl. Henggeler 51.

¹²⁷ z. B. aus wohlverworbenen Rechten: Dividenden, Bezugsrechten, Bauzinsen.

¹²⁸ Vgl. vorn 46.

¹²⁹ Einzelheiten und Beispiele vgl. hinten 92 ff. Ueber die Qualifikation der verletzten Rechte des Aktionärs vgl. Weiss, in: SJZ 39, 513 ff. Die Ausrichtung von Tantiemen und besonders deren Rückforderung untersteht dem art. 679 OR und steht damit ausserhalb des Rahmens der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

¹³⁰ z. B. Forderungen aus Obligationen oder Kassascheinen. Vgl. Huber 59 ff.

¹³¹ Biggel 94 ff. Huber 67 ff. Vgl. hinten 114 ff.

d) Schaden aus Handlungen der Geschäftsführer im engeren Sinn

Zu diesen gehören je nach der Art des Unternehmens einzelne Verwaltungsratsmitglieder und Delegierte mit Spezialaufträgen, die Direktoren, Prokuristen, Bevollmächtigte und Angestellte, sofern ihnen tatsächlich eine selbständige, im Verlaufe der kontinuierlichen Geschäftsführung liegende Vertretung der Gesellschaft zukommt¹³². Das Gesetz selbst lässt allerdings in den art. 754/55 OR die Haftung aus der Vertretungsmacht unerwähnt und spricht nur von «... allen mit der Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen». Mit H. Zimmermann¹³³ ist aber anzunehmen, dass daraus nicht geschlossen werden darf, das Gesetz habe diese erstere Haftungsart ausnehmen wollen. Dies würde einem elementaren Gebot des aktienrechtlichen Verkehrsschutzes widersprechen, um so eher, als bei der Revision des Aktienrechts die Bestrebungen auf eine Verschärfung der Verantwortlichkeitsnormen gerichtet waren¹³⁴.

Bei genauerem Zusehen zeigt sich, dass der Schaden, der durch Handlungen der unteren Geschäftsführung entstanden ist, im allgemeinen einige abweichende Merkmale gegenüber demjenigen aufweist, der durch die höhere Verwaltung verursacht wird. Entsprechend der Tatsache, dass der Verwaltungsrat die grossen Linien der Geschäftsführung bestimmt und Entscheidungen von grosser Tragweite für das Unternehmen trifft, ergeben sich aus seinem pflichtwidrigen Verhalten meist auch eigentliche umfangreiche Schadenskomplexe. Anders bei der Schädigung durch die Direktoren und Geschäftsführer¹³⁵. Diese betreuen bei grösseren Gesellschaften üblicherweise ein bestimmtes Ressort der Betriebsführung, wobei ihnen von Fall zu Fall für ihre Vertretungshandlungen durch das nächst höhere Organ ein Auftrag erteilt wird. Dementsprechend bleibt auch der Umfang des Schadens meist auf diesen Einzelakt der Geschäftsführung beschränkt. An seiner rechtlichen Natur ändert sich aber nichts, gleichgültig, ob er durch einen Direktor mit unbeschränkten Vollmachten¹³⁶

¹³² Vgl. dazu die ausführliche Darstellung speziell der aktienrechtlichen Hierarchie: H. Zimmermann, in: «Die AG im neuen OR», H. 9, 5 ff.

¹³³ a.a.O. 17/18. BGE 48 II 56. Vgl. Locher 42 ff.

¹³⁴ Vgl. Locher 45/46, besonders über die Erteilung der Vertretungsmacht.

¹³⁵ BGE 75 I 322 ff.: Enthalten die Statuten rechtswidrige Bestimmungen über die Organisation der Geschäftsführung, so hat der Handelsregisterführer den Eintrag der Gesellschaft abzulehnen.

¹³⁶ In den meisten Beispielen bei Wetter war der verantwortliche Direktor praktisch alleiniger Verwalter der Bank. BGE 67 II 167.

und alleiniger Geschäftsführung oder durch einen sogenannten Abteilungschef verursacht worden ist¹³⁷. Auf die interessanten Fragen der Haftungsprinzipien und des Regresses innerhalb dieser Verwaltungshierarchie einzutreten, würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit überschreiten¹³⁸.

4. Schaden aus Handlungen der Kontrollstelle

Zu den nach art. 754 OR Verantwortlichen gehören auch die mit der Kontrolle betrauten Personen. Es ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der Tätigkeit, die der internen, von der Generalversammlung gewählten Kontrollstelle aus den art. 727/31 OR zusteht, und der Revisionsstätigkeit einer dritten, natürlichen oder juristischen Person. Diese letztere erhält, sei es, wenn die Statuten eine solche Revision verlangen, sei es, wenn die Voraussetzungen des art. 723 OR erfüllt sind, von der Verwaltung einen Revisionsauftrag und kann in Erfüllung dieses Auftrags durch ihre Handlungen einen Schaden verursachen¹³⁹. Für unsere Betrachtungen steht nur die erste Kategorie in Frage. Nur ihr kommt durch Gesetz Organqualität in unserem oben definierten, weitesten Sinn des art. 754 OR zu, was sich auch darin äussert, dass sie von der Generalversammlung gewählt wird¹⁴⁰. Zwischen der externen Kontrollstelle und der Gesellschaft besteht nur ein gewöhnliches, fest umgrenztes Auftragsverhältnis, und diese Revisionsstelle haftet darum auch nur der Gesellschaft (nicht aber den einzelnen Aktionären und Gläubigern) nach allgemeinem Vertrags- respektive Auftragsrecht für den von ihr verursachten Schaden¹⁴¹. Die Einrichtung einer solchen übergeordneten Kontrollinstanz entspringt vor allem einem vermehrten Schutzbedürfnis der Gläubiger¹⁴².

Das neue OR hat der internen Kontrollstelle als Organ der Gesellschaft vermehrte Pflichten und Aufgaben gebracht. Zur Zeit des aOR wurde bei Anlass von Zusammenbrüchen von Banken und Industrieunternehmungen

¹³⁷ Beispiele bei H. Zimmermann a.a.O. 55, Biggel 14, BGE 60 I 58.

¹³⁸ Vgl. H. Zimmermann a.a.O.

¹³⁹ Vgl. Henggeler 33, Senn 54, sowie die ausführliche Arbeit von Burki.

¹⁴⁰ Graner, in: «Die AG i. n. OR», H. 3.

¹⁴¹ Henggeler 33. Vgl. Bank G art. 18—22, Widmer 80/84.

¹⁴² Zingg 84, der der externen Kontrollstelle wohl Kontrollfunktionen im Sinne des art. 754 OR zuschreibt, diese aber als nicht handelndes Organ bezeichnet und deren Haftung nur aus art. 41 ff. OR möglich sieht. Zingg befürwortet weiter die Einführung der vertraglichen Haftung nach art. 754 in der Zukunft.

immer wieder das totale Versagen der Kontrollorgane festgestellt¹⁴³. Dieses Versagen ist um so leichter verständlich, wenn man bedenkt, dass den mit der Kontrollstelle betrauten Personen im alten Recht nur eine formelle Prüfungspflicht oblag, so dass bei geschickter Verschleierung der Rechnungsablegung der Gesellschaft durch die Verwaltung, die Kontrollstelle in guten Treuen berichten konnte, dass die Bilanz nach formellen Gesichtspunkten in Ordnung sei. Auf Grund dieser Erfahrungen wurde nun in den art. 728 rev. OR auch die Forderung nach einer materiellen Prüfung der Gesellschaftsrechnung¹⁴⁴ aufgenommen. Die Kontrollstelle hat somit die nicht leichte Aufgabe erhalten, die einzelnen Bilanzposten daraufhin zu untersuchen, ob sie den gesetzlichen Bewertungsgrundsätzen entsprechen¹⁴⁵. Bereits aber ist man sich in der Literatur und Judikatur nicht einig, wieweit diese Prüfung in materieller Hinsicht gehen solle. Nach der Auffassung des Bundesgerichtes¹⁴⁶ erstreckt sich diese wohl auf die Bewertungsunterlagen und Belege, nicht aber auf die Bonität einzelner Forderungen. Graner¹⁴⁷ will sie aber ausdehnen auf die «Zusammensetzung und Qualität der Debitoren». Die Grenze dieser Prüfungspflicht liegt u. E. dort, wo man nach den Grundsätzen der Billigkeit und des normalen Geschäftsverkehrs von den gutgläubigen Prüfern nicht mehr verlangen kann, dass sie in zeitraubender Detailarbeit die einzelnen kleinsten Aktivposten auf ihre Bonität untersuchen¹⁴⁸. Insbesondere soll die Tätigkeit der Kontrollstelle nicht dergestalt ausgedehnt werden, dass sie zu einer eigentlichen Nebenverwaltung wird und damit die Initiative und gesunde Risikofreudigkeit der Verwaltung beeinträchtigt.

In bezug auf die Mitglieder des mit der Kontrolle betrauten Organs sagt das Gesetz positiv, dass diese auch juristische Personen und Nichtaktionäre sein können¹⁴⁹, in negativer Hinsicht, dass sie nicht Mitglieder der Verwaltung und Angestellte der Gesellschaft sein dürfen (art. 727 OR). Die früher übliche Praxis, dass die Kontrollstelle aus Mitgliedern

¹⁴³ Vgl. die vielen Beispiele bei Wetter. Graner a.a.O., 2. Egger 64 ff. BGE 34 II 493.

¹⁴⁴ Gegenstand der Prüfung ist der Jahresabschluss der Gesellschaft, bestehend in Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Geschäftsbericht.

¹⁴⁵ Vgl. art. 728/907 OR.

¹⁴⁶ BGE 65 II 219, insbesondere über die Bedeutung abweichender Statutenbestimmungen. gl. M. Schucany Komm. zu art. 728 OR Anm. 3.

¹⁴⁷ a.a.O. 5/8. Vgl. auch Peyer 65/66.

¹⁴⁸ Anders für die externe Revisionsstelle. Ueber das äussere Aussehen eines Revisionsberichtes vgl. Graner 6.

¹⁴⁹ Nach Art. 731 II auch «Kommissäre».

des Verwaltungsrates und neutralen Personen hälftig zusammengesetzt wurde, ist damit heute ausdrücklich untersagt¹⁵⁰.

Die Pflichtverletzungen der Prüfer in den praktischen Schadenstatbeständen bestehen allgemein darin, dass durch absichtlich oder fahrlässig falsche Berichterstattung an die Generalversammlung diese über die wahre wirtschaftliche Lage der AG nicht orientiert wird. Dabei ist aber zu beachten, dass die Pflichtverletzung der Revisoren meist nicht die primäre Ursache der Schädigung ist. Diese haften auch nicht für den ursprünglich durch die Verwaltung oder andere Personen verursachten Schaden schlechthin, sondern nur für seine Fortdauer zufolge mangelnder Bekanntgabe an die Geschädigten¹⁵¹. Der durch das Verschulden der Kontrollorgane mitverursachte Schaden kann die Aktionäre und Gläubiger unmittelbar oder nur mittelbar treffen¹⁵².

Eine andere Möglichkeit der Schädigung besteht darin, dass durch zu offene Berichterstattung die Geheimsphäre der Gesellschaft verletzt wird und die AG daraus in ihrer Konkurrenz- oder Kreditfähigkeit beeinträchtigt wird.

Schliesslich hat sich ein Revisionsbericht auch darüber zu äussern, ob im vergangenen Rechnungsjahr Gesetzes- oder Statutenverletzungen vorgekommen sind. Er erfüllt damit die Funktion einer letzten Sicherung, indem es ja primär Aufgabe von Verwaltungsrat und Generalversammlung während des Geschäftsjahres ist, über solche Verletzungen zu wachen. Unterlassen es die Revisoren der Kontrollstelle, auf Schadenstatbestände hinzuweisen, so werden sie daraus für den Ersatz des entstandenen Schadens mitverantwortlich¹⁵³.

Bei der Substanziierung und Qualifizierung des Schadens, der entstanden ist, weil Tatbestände aus den oben erwähnten drei wichtigsten Gruppen erfüllt sind, ist auf eine bedeutsame Unterscheidung zu achten. In den seltensten Fällen wird die Kontrollstelle einer Gesellschaft für einen Schaden allein voll verantwortlich gemacht werden können. Unrichtige Berichterstattung über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft und über

¹⁵⁰ Durch solche Zusammensetzungen des Kontrollorgans wurde bei Schadensfällen immer wieder erreicht, dass durch den Einfluss der darin vertretenen Verwaltungsräte ein bereits eingetretener Schaden totgeschwiegen oder vorläufig verschleiert wurde. Vgl. BIZR 34, 101.

¹⁵¹ Widmer 85 ff. Zingg 83. Graner 13. A. Wieland, in: ZSR 54, 19.

¹⁵² Vgl. hinten § 6.

¹⁵³ Vgl. Burki 25 ff. Widmer 85 ff. Graner 12: «Auch das Nichterscheinen der Kontrollstelle an der Generalversammlung kann unter Umständen ihre Verantwortlichkeit begründen.»

vorgekommene Pflichtverletzungen wird naturgemäss erst geleistet, wenn ein Schaden bereits eingetreten ist. Der Kausalzusammenhang zwischen Entstehung des Schadens und Bericht der Revisoren ist also sehr locker. Hingegen ist das Verhalten der Kontrollorgane dafür adäquat kausal, dass die Geschädigten vom Schaden keine Kenntnis erhielten und dass ihnen aus diesem Umstand eventuell weitere Nachteile erwachsen sind ¹⁵⁴.

Unmittelbar und allein haftbar (nicht nur mitverantwortlich) werden die Mitglieder der Kontrollstelle aber dann, wenn sie der Gesellschaft, den Aktionären oder den Gläubigern durch Verletzung der Geheimhaltungs- oder Treuepflicht einen direkten oder indirekten Schaden zufügen ¹⁵⁵. Es kann der Fall eintreten, dass sich die Gesellschaft durch irgendwelche Umstände zu Dispositionen in ihrem Vermögen veranlasst sieht, die keinen objektiven Schädigungstatbestand erfüllen, die jedoch von der Oeffentlichkeit falsch verstanden werden können. Durch eine nicht im Interesse der Gesellschaft liegende Offenheit bei der Abfassung des Revisionsberichtes kann die Kontrollstelle die Stimmung von Aktionären und Gläubigern oder einer weiteren Oeffentlichkeit so beeinflussen, dass durch panikartige Kündigungen die Gesellschaft in Schwierigkeiten gerät und ihre Aktionäre und Gläubiger zu Schaden kommen ¹⁵⁶.

Auch hier wird in beiden Fällen das Ausmass der Schadenersatzpflicht der Revisoren nach dem Grade des Verschuldens (resp. des Mitverschuldens) vom Richter fetzusetzen sein.

5. Liquidationsschaden

a) Liquidatoren, Sachwalter, Kommissäre

Die Auflösung der Gesellschaft mit Liquidation richtet sich nach den art. 738—747 OR. Diese Auflösung kann freiwillig erfolgen, z. B. dann, wenn der Gesellschaftszweck erfüllt ist, oder sie wird durch Richterspruch als Zwangsliquidation oder durch Konkurs ¹⁵⁷ erzwungen. Im ersten Fall können durch die Statuten oder durch Generalversammlungsbeschluss entweder der alte Verwaltungsrat oder irgendwelche Dritte als Liquidatoren

¹⁵⁴ z. B. durch Neuinvestierung und weitere Kreditgewährung auf Grund der Richterstattung. Vgl. Graner a.a.O., 13/14. A. Wieland, in: SJZ 38, 379 ff.

¹⁵⁵ Vgl. Peyer 66. Zingg 83.

¹⁵⁶ BGE 34 II 501; 65 II 2 ff. BIZR 34, 101. Die deutsche Judikatur hat infolge der Verschiedenheit des Aufsichtssystems von der schweizerischen Lösung nur sehr beschränkt Gültigkeit. Vgl. ev. RGZ 144/354 ff.

¹⁵⁷ Vgl. art. 736 IV OR. BGE 67 II 162.

bezeichnet werden ¹⁵⁸. Im Konkurs übernimmt nach art. 740 V OR die Konkursverwaltung die Rolle eines Liquidationsorgans, während nach art. 741 I OR bei Vorliegen wichtiger Gründe jedem Einzelaktionär das unentziehbare Recht zusteht, beim Richter die Abberufung des alten und Bestellung eines neuen Liquidators zu verlangen ¹⁵⁹. Es können also drei Arten der Bestellung von Liquidatoren unterschieden werden: Die gesetzliche, indem das Gesetz vermutet, dass im Zweifel die Liquidation durch die Verwaltung besorgt werde; die statutarische oder die Bestellung durch Wahlakt der Generalversammlung, und die richterliche, die auf Antrag von Einzelaktionären und Aktionärminderheiten in Funktion tritt ¹⁶⁰.

Die art. 739 II OR und 740 V OR regeln die Kompetenzausscheidung zwischen den alten Organen und den Liquidatoren.

Das Amt des Kommissärs ist erstmals durch das Bankengesetz in art. 30 ff. für den Fall einer gerichtlichen Stundung geschaffen worden, während das rev. OR in art. 725 IV für die Zeit des Aufschubs der Konkursöffnung als Gegenstück zu dem des Kommissärs das Amt des Sachwalters einführt ¹⁶¹. Während das OR den Pflichtenkreis der Liquidatoren in den art. 742/43 detaillierter umschreibt, ist dies für die Kommissäre nach BankG art. 31 und die Sachwalter nach art. 725 OR nur sehr summarisch der Fall.

Für alle drei mit Liquidationsaufgaben betrauten Funktionäre gilt die gleiche strenge Haftungsnorm des art. 754 OR. Aus der Stellung ihrer Aufgabe, nämlich Veräusserung der nichtliquiden Vermögenswerte der Gesellschaft, Eintreiben der ausstehenden Guthaben, Befriedigung der Gläubiger, Verteilung der Liquidationsüberschüsse an die Aktionäre,

¹⁵⁸ BGE 62 II 284 ff.

¹⁵⁹ Vgl. Henggeler 43 ff. Vgl. vorn 35 ff. Meier-Hayoz, in: SJZ 46, 213 ff. und dort angeführte Literatur. In «Die Schw. AG» 24, 18 wird durch «St» im Hinblick auf das Uebergangsrecht gefordert, dass in gewissen Fällen die Liquidatoren von Amtes wegen z. B. durch die Handelsregisterführer zu ernennen seien, damit die Liquidation nicht allzusehr in die Länge gezogen werden könne.

¹⁶⁰ Meier-Hayoz a.a.O., 214, der in der Folge nur die richterliche Ernennung weiter untersucht. Vgl. Schucany Komm. zu art. 740 Anm. 1—4. Vgl. Entscheid des Obergerichtes des Kts. Zch. vom 29. 8. 1952, zit. in: SJZ 48, 289 ff. «Fehlt einer AG in Liquidation überhaupt jegliches Liquidationsorgan, so hat (auf Begehren eines Gläubigers) nicht der Richter einen Liquidator zu ernennen (art. 741 OR), sondern die Vormundschaftsbehörde einen Beistand im Sinne von art. 393 Ziff. 4 ZGB zu bestellen.

¹⁶¹ In aOR art. 657 III als «Kurator». Auch art. 2 des Bundesbeschlusses über die Sanierung von Banken vom 17. April 1936 sieht für das Sanierungsverfahren einen Kommissär vor.

usw.¹⁶², ergibt sich aber, dass die meisten ihrer auf diese Ziele gerichteten Geschäftshandlungen solche des freien Ermessens sein müssen. Verletzt ein Liquidator seine Sorgfaltspflichten nicht absichtlich sehr eindeutig, so wird ihm in den seltensten Fällen ein Verschulden nachgewiesen werden können. Dasselbe gilt für Kommissäre und Sachwalter. Beim Bankengesetz kommt noch dazu, dass die Bank und die Gläubiger nach art. 30 Ziff. 3 gegen die einzelnen gesetzwidrigen Verfügungen des Kommissärs jederzeit beim Richter Beschwerde führen können¹⁶³.

b) Der Schaden

Die praktischen Fälle einer Haftung von mit der Liquidation betrauten Personen sind relativ selten. Sie beschränken sich hauptsächlich auf einige wenige Haupttatbestandsgruppen.

Bei ihrer Tätigkeit haben sich die Liquidatoren streng an das Prinzip der Gleichberechtigung aller Aktionäre einerseits und der Gläubiger andererseits unter sich zu halten. Ein Schaden kann beispielsweise dadurch entstehen, dass entgegen dem Einlagerückzahlungsverbot den einzelnen Aktionären Vermögenswerte ausgehändigt werden. Geschädigt ist die Gesellschaft in Liquidation, die andern, nicht bevorzugten Aktionäre und die Gläubiger. Die Verteilung von Liquidationsanteilen ist auch dann ungerechtfertigt, wenn alle Aktionäre davon profitieren, wenigstens solange nicht alle Gesellschaftsgläubiger befriedigt sind¹⁶¹. Eine Verletzung des Prinzips der Parität der Gläubiger liegt ferner vor, wenn einzelnen interessierten Kreditoren schwer realisierbare Aktiven einseitig überlassen werden. Sofern geschäftliche Ueberlegungen ein solches Vorgehen rechtfertigen, wird daraus nicht ohne weiteres ein Schaden entstehen, indem dadurch im Gegenteil das Liquidationsergebnis verbessert werden soll. Schwierigkeiten können vermieden werden, wenn die Uebernahme des Vermögensstückes vorerst sämtlichen Gläubigern angeboten wird¹⁶⁵. Bezüglich der Höhe des Schadenersatzes, den ein Liquidator zu leisten hat, gilt ebenso das Prinzip, dass er nur für den Schaden haftbar gemacht werden kann, «der durch

¹⁶² Vgl. art. 743 OR. BGE 48 III 73. Nicht Aufgabe der Liquidatoren ist es, die Verantwortlichkeitsklage gegen die Organe der Gesellschaft anzustellen (bes. im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

¹⁶³ Henggeler 46. Vgl. vorn 35 ff. Bertsch 185 ff. BGE 69 I 140.

¹⁶⁴ Vgl. BIZR Bd. 30 Nr. 5 (S. 10). Verteilung von Liquidationsanteilen durch den Liquidator vor vollständiger Befriedigung der Gläubiger (in diesem Falle der Steuerverwaltung). BGE 64 II 362 ff.; 67 I 37.

¹⁶⁵ Henggeler 44/46. Vgl. dazu Bertsch 182 ff. BGE 65 I 145.

seine Handlungen entstanden ist», wie auch, dass seine Ersatzpflicht nur so weit reicht, wie sein Verschulden ¹⁶⁶.

Analog der Schädigung durch die geschäftsführenden Organe können auch hier die Liquidatoren durch ihre Verfügungen Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger direkt benachteiligen, während für den Fall, dass ein Schaden im Vermögen der liquidierenden Gesellschaft eintritt, deren Aktionäre und Gläubiger nur mittelbar geschädigt sind ¹⁶⁷. Auf die komplizierte Frage der Schadensregulierung bei der Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs sowie im Nachlassvertrag mit und ohne Vermögensabtretung, wie auch bei Vorliegen eines Vergleichs zwischen Gesellschaft und Verantwortlichen wird im III. Teil dieser Arbeit zurückzukommen sein.

6. Schaden aus Handlungen der Handelsregisterführer und Urkundspersonen

Die Praxis hat gezeigt, dass im Laufe der Geschäftstätigkeit der AG Schäden entstehen können, für welche die bisher aufgezählten Personen entweder gar nicht oder nur teilweise verantwortlich gemacht werden können. Zwischen den Beschlüssen der handelnden Organe i.w.S. und deren Wirkungen der Öffentlichkeit gegenüber liegt meist eine Stufe, auf der diese Beschlüsse von besonderen Personen kontrolliert und auf ihre Rechtmässigkeit untersucht werden. Wird diese Prüfung nicht mit der nötigen Sorgfalt vorgenommen, so kann daraus eine Schädigung der verschiedenen Interessen der Gesellschaft und ihrer Mitglieder resultieren. Dies trifft insbesondere für die Handlungen des Handelsregisterführers und der Urkundspersonen zu. Diese beiden Arten von Funktionsträgern, die für einen aktienrechtlichen Schaden haftbar werden können, schliessen den Kreis der nach Gesetz und dessen Auslegung erfassbaren Verantwortlichen.

Fälle, in denen Handelsregisterführer und Urkundspersonen für einen Schaden voll ersatzpflichtig erklärt werden, sind sehr selten. Wohl aber wird in Verantwortlichkeitsprozessen hie und da versucht, ein Mitverschulden dieser Personen zu konstruieren oder nachzuweisen. Unbestritten, und darum hier nicht mehr besonders erwähnt ¹⁶⁸, ist deren Haftbar-

¹⁶⁶ BIZR Bd. 30 Nr. 5 S. 11: «Der Beklagte hat also die Kläger insoweit zu befriedigen, als sie befriedigt worden wären, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht herausgegeben worden wäre.»

¹⁶⁷ Vgl. hinten 90 ff.

¹⁶⁸ Vgl. vorn 30 ff. und 60 ff. Stokar 108 ff.

keit nach OR 752/53. Dies ergibt sich allerdings nicht aus ihrer Eigenschaft als Register- oder Urkundspersonen, sondern aus der ratio legis der Prospekt- und Gründerbestimmungen. Die beiden Artikel enthalten eine Generalklausel, aus der hervorgeht, dass «jeder», der bei Emissions- und Gründertätigkeit mitwirkt, verantwortlich werden kann. Erfüllen Register- und Urkundspersonen diese Voraussetzungen¹⁶⁹, so ist auch ihre Haftbarkeit gegeben. Fraglich kann nur sein, für welches Verschulden sie haften, wie ihre Sorgfaltspflicht¹⁷⁰ zu bemessen ist und ob sie eventuell zusätzlich aus öffentlichem Recht (Beamtenrecht) verantwortlich werden¹⁷¹.

Die Tätigkeit des Handelsregisterführers, der Anwälte und Notare beschränkt sich nun aber bei der AG praktisch nicht auf Gründungs- und Emissionsvorgänge, auf Kapitalerhöhungen und Fusionen. Ein Schaden kann der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern überhaupt immer dann entstehen, wenn diese Personen in den Geschäftsbereich der Gesellschaft treten. Der Handelsregisterführer hat z. B. jede Statutenänderung während der Dauer der Gesellschaft einzutragen (art. 647 II OR) und die Urkundspersonen werden im geschäftlichen Ablauf eines Unternehmens immer dauernd tätig erscheinen.

Schädigungen, die sich aus solcher Tätigkeit herleiten lassen, stellen, soweit sie nicht einen der zwei aktienrechtlichen Tatbestände (art. 752/53 OR) erfüllen, immer einen Verstoss gegen allgemeine Rechtsgebote nach den art. 41 ff. OR dar und die Geltendmachung dieser Schäden bereitet keine besonderen Schwierigkeiten.

Ein mittelbarer Schaden kann von Aktionären und Gläubigern nur geltend gemacht werden, wenn ihnen ein solcher tatsächlich durch die Handlungen oder Unterlassungen der Register- und Urkundspersonen entstanden ist und wenn sie zur Geltendmachung vom Gesetz legitimiert sind¹⁷². In unserem Falle trifft dies nur für den Schaden zu, den die Urkundspersonen bei der Gründung im Sinne des art. 753 OR der Gesellschaft zufügen.

¹⁶⁹ Vgl. Stokar 108. U. E. ist es allerdings unerheblich, ob die Urkundsperson aus ihrer Kognitionspflicht oder durch Zufall von einem rechtswidrigen Verhalten erfährt. Vgl. Henggeler 17.

¹⁷⁰ Betr. Kognitionspflicht des Handelsregisterführers in materieller Hinsicht: BGE 75 I 324. Vgl. HRV art. 21.

¹⁷¹ Vgl. Stokar 102 ff. betr. die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Urkundspersonen; praktische Beispiele S. 109 ff.

¹⁷² Stokar 117. Art. 755 OR.

§ 6. Der unmittelbare und der mittelbare Schaden

A) Allgemeines

1. Die Entstehung der Unterscheidung

Die Unterscheidung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden im Schadenersatzrecht der Aktiengesellschaft ist so alt wie das Aktienrecht selbst. Sie erklärt sich zwangsläufig aus der Struktur der AG als juristischer Person, besonders aus der Tatsache, dass zwischen den an ihr beteiligten Personen Rechtsbeziehungen entstehen können, die den Regeln des allgemeinen Vertragsrechtes scheinbar widersprechen. In einem einfachen Vertragsverhältnis zueinander stehen auf den ersten Blick bei der AG nur die durch den Gesellschaftsvertrag berechtigten und verpflichteten Personen, nämlich die Aktionäre zur Gesellschaft und weiter, nach der Organisation dieser Gesellschaft, die Organe und die Gläubiger zu ihr; letztere aus verschiedenen Rechtsgründen. Aus dieser Sachlage ergibt sich nun aber, dass die Organe, die ihrem direkten Vertragspartner, der Gesellschaft, durch ihre Pflichtverletzungen einen Schaden zufügen, dadurch nicht nur diesen selbst schädigen, sondern dass diese Schädigung Wirkungen auch Dritten gegenüber zeitigt. Es werden nämlich durch die Schädigung der Gesellschaft auch die Interessen der Aktionäre und Gläubiger, die ihrerseits in einem Vertragsverhältnis zur Gesellschaft stehen, tangiert. Es liegt hier ein Fall vor, in dem die Regel, wonach Verträge nur «inter partes» Wirkungen haben können, durchbrochen ist¹.

Theorie und Praxis hatten sich schon sehr früh mit diesem Problem zu befassen. Umstritten war lange Zeit in der ganzen europäischen Praxis nicht nur die Frage, ob z. B. der Aktionär gegen ein Organ der Gesellschaft für den ihm direkt, unmittelbar zugefügten Schaden aktienrechtlich vorgehen kann, als auch, ob er den ihm nur mittelbar, durch Schädigung der Gesellschaft entstandenen, indirekten Schaden klagen könne. Es fragte sich also, ob neben der Klage der Gesellschaft, zu der ihre Organe nach einmütiger Lehre² in einem Auftragsverhältnis stehen, auch eine Einzelklage der Aktionäre und Gläubiger zuzulassen sei. In- und ausländische Lehre und Rechtsprechung haben die Frage schon früher verschieden beantwortet und auch heute noch sind in den Lösungen der

¹ Vgl. K. Wieland II, 134. Vgl. auch Piconi 161. Kaeslin 64 ff. Vigier 10—15/66 (Jahr 1907).

² Vgl. Biggel 24. K. Wieland II, 139 ff.

europäischen Aktienrechte insofern starke Unterschiede festzustellen³, als in der Grundfrage Delikts- oder Vertragsklage sich die Meinungen scheiden. Je nachdem, ob im Einzelfall die verschiedenen Auffassungen das Rechtsverhältnis zwischen Verantwortlichen und Geschädigten als vertraglich oder nichtvertraglich qualifizieren, ist den Aktionären und Gläubigern entsprechend ein Einzelklagerecht gegeben oder verweigert worden.

Das Bundesgericht hatte sich mit dem Problem erstmals im Jahre 1888 zu befassen. In einem Entscheid vom 12./13. Oktober in Sachen Solothurn contra Kaiser⁴ führte es dazu aus:

«Art. 674 OR gewährt vielmehr den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern ein (allerdings auf den Fall absichtlicher Pflichtverletzung beschränktes) Klagerecht gegen das Verwaltungspersonal einer AG wegen Verletzung der gegenüber der AG übernommenen Vertragspflichten. Er durchbricht also die Regel, dass Verträge Rechte und Pflichten nur zwischen den vertragschliessenden Parteien begründen, indem er ein Klagerecht wegen Verletzung vertraglicher Pflichten nicht nur der Vertragspartei, der AG, sondern auch dritten Personen, den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern zuteilt.»

Diese Auslegung durch das Bundesgericht blieb nicht unangefochten⁵, hinderte dieses aber nicht, in konstanter Praxis den eingeschlagenen Weg fortzusetzen⁶.

Nachdem das alte OR in art. 674 von der Haftung für «allen Schaden» schlechthin gesprochen und damit zu den verschiedensten Kontroversen Anlass gegeben hatte⁷, trafen Vorentwurf, Berichte und Entwurf⁸ zur Revision des alten OR die Unterscheidung in unmittelbaren und mittelbaren Schaden schon ausdrücklich und führten zur Fassung des heutigen art. 755 OR, der damit für das schweizerische Recht die Materie positiv regelt. Bei der Qualifizierung des Schadens, der im Rechte der AG eine Rolle spielen kann, ist deshalb auseinander zu halten:

1. Der Schaden, der im Vermögen der Gesellschaft eintritt:

³ Es muss hier auf eine rechtsvergleichende Darstellung verzichtet werden. Vgl. dazu K. Wieland II, 134—139. Biggel 24 ff. Wolfers 115 ff. Eckstein 46 ff.

⁴ BGE XIV S. 693 Erw. 4.

⁵ Schmerschneider 73 ff.

⁶ BGE 23 II 1071; 24 II 817; 29 II 100; 44 II 38 ff.; 49 II 245; 61 II 288.

⁷ Namentlich in der Frage der Konkurrenz der Klagen der Gesellschaft, der Aktionäre und der Gläubiger sowie hinsichtlich der Berechtigten, an die zu leisten war. Vgl. Bachmann, Sonderrechte, 148. a. M. ders. in Komm. zu art. 674. BGE 44 II 38 ff. und dazu A. Wieland, in: SJZ 15, 11 ff.

⁸ VE II art. 771. Bericht II, 83 ff. Entwurf art. 750. BankG art. 43 I. Vgl. Vigier 81.

2. der Schaden, der Aktionäre und Gläubiger direkt trifft, ohne dass die Gesellschaft geschädigt wurde;
3. der Schaden, der den Aktionären und Gläubigern nur mittelbar, durch Schädigung im Gesellschaftsvermögen zugefügt wird.

2. Begriff und Unterscheidungsmerkmale

In begrifflicher Hinsicht sind im Schrifttum oft die Bezeichnungspaare primär - sekundär, direkt - indirekt, wie auch unmittelbar - mittelbar anzutreffen. Die Begriffe decken sich jedoch weitgehend, wobei u. E. die Fassung unmittelbarer und mittelbarer Schaden die zutreffendste ist, indem durch sie am besten zum Ausdruck gebracht wird, dass ein Schaden der Aktionäre und Gläubiger «durch das Mittel» der Schädigung der Gesellschaft verursacht wird⁹.

Der Schaden, der der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern unmittelbar zugefügt wird, ist im Prinzip seiner Art nach nicht verschieden von demjenigen, der den Aktionären und Gläubigern nur mittelbar entsteht. Es handelt sich in beiden Fällen — wie oben ausgeführt¹⁰ — um ziffernmässig feststellbaren oder doch abschätzbaren Vermögensschaden. Sowohl für den unmittelbaren, wie den mittelbaren Schaden gilt ferner, dass er entweder direkt die vermögensrechtlichen Ansprüche der Geschädigten treffen kann, oder aber die Aktionäre vorerst nur in ihren Herrschaftsrechten beeinträchtigt.

Unterschiede und damit auch Schwierigkeiten können hingegen entstehen, wenn man an die Substanziierung der Schadenersatzforderung geht. Bietet diese oft schon beim Vorliegen einer direkten, unmittelbaren Schadenszufügung Schwierigkeiten, so trifft dies für den Fall des mittelbaren Schadens in erhöhtem Masse zu¹¹. Ein absolut lückenloser Kausalzusammenhang zwischen dem bei der Gesellschaft eingetretenen Schaden und dessen Auswirkung beim Aktionär oder Gläubiger¹² wird in der Praxis nicht oft möglich sein. Zeitliche, politische, wirtschaftliche und persönliche Faktoren können den mittelbaren Schadenseintritt beeinflussen. Die gleiche schädigende Handlung, die das Gesellschaftsvermögen

⁹ Vgl. dazu Biggel 110, Anm. 2.

¹⁰ Vgl. vorn 43 ff., Vgl. dazu auch Henggeler 49.

¹¹ Vgl. BGE 59 II 453 ff.; 72 II 293 ff., Vgl. dazu den speziellen Begriff des mittelbaren Schadens für die Gründungshaftung bei Jäggi a.a.O. 304.

¹² Meist nicht in gleichem Masse für den Gläubiger. Dessen Forderungen sind feststellbar und stehen in einem bestimmten Deckungsverhältnis zum Grundkapital. Vgl. Picenoni 195 ff.

verletzt, kann zu verschiedenen Zeiten und unter verschiedenen Umständen für den Aktionär ganz verschiedene Folgen haben. Bei der Berechnung des mittelbaren Schadens hat deshalb in vermehrtem Masse der Richter nach seinem Ermessen alle Umstände zu berücksichtigen, und die vernünftigen Grenzen der Schadenersatzpflicht zu setzen.

Es bildet ein weiteres Merkmal unserer Schadendifferenzierung, dass der mittelbare Schaden natürlich im Moment der Schädigung der Gesellschaft entstanden ist, dass er in seiner Auswirkung für Aktionäre und Gläubiger jedoch vorläufig nur latent vorhanden zu sein braucht. Durch Deckung des Schadens der Gesellschaft kann er in den meisten Fällen geheilt werden, während die Gläubiger ihn immer erst im Konkurs, also oft geraume Zeit nach dem primären Schadensereignis geltend machen können. Im übrigen haben die vom Gesetze aufgestellten Beschränkungen für die Geltendmachung des mittelbaren Schadens keine Gültigkeit für die Klage auf Ersatz des unmittelbaren Schadens.

Auf die Unterscheidungsmerkmale, die sich aus der den Schaden verursachenden Personen und der Betrachtung der durch diese verletzten Rechte ergeben, wurde bereits hingewiesen¹³, während die Wirkungen, die diese Unterscheidung auf die Stellung der Kläger und Beklagten im Prozess ausübt, im III. Teil der Arbeit zu untersuchen sein wird. Systematisch geordnet ergeben sich somit in der Aktiengesellschaft folgende Schadensmöglichkeiten:

a) Der Schaden der Gesellschaft

1. Es ist grundsätzlich immer auch ein mittelbarer Schaden der Aktionäre. Dies ist der Ausdruck des körperschaftlichen Verhältnisses, in dem diese zur Gesellschaft stehen. Die Gläubiger seien hier nicht geschädigt.
2. Auch die Gläubiger sind mittelbar geschädigt, nämlich dann, wenn das durch die Schädigung verminderte Grundkapital ihre Forderungen nicht mehr deckt oder die Gesellschaft diese nicht mehr vertragsmässig verzinsen kann.

b) Der Schaden des Aktionärs

1. Er tritt beim Aktionär unmittelbar ein durch Verletzung seiner Individual- und Sonderrechte oder aller Vorschriften, die zu seinem besonderen Schutze dienen.

¹³ Vgl. vorn 45 ff.

2. Er trifft den Aktionär nur mittelbar durch Schädigung der Gesellschaft. Die Gläubiger können gleichzeitig geschädigt sein.

c) Der Schaden des Gläubigers

1. Er trifft den Gläubiger unmittelbar durch Verletzung seiner persönlichen Gläubigerrechte und durch Verstoss gegen die besonderen Gläubigerschutzbestimmungen des Gesetzes.
2. Er ist ihm und eventuellen Mitgläubigern mittelbar dadurch entstanden, dass das Grundkapital der Gesellschaft eine Minderung erlitt und als Kreditdeckung nicht mehr zur Verfügung steht. In diesem Fall liegt auch beim Aktionär gleichzeitig immer ein mittelbarer Schaden vor.

B) Die Tatbestände

1. Der Schaden der Gesellschaft

Im Gegensatz zu den Personengesellschaften bilden bei der AG nicht die Mitglieder der Körperschaft das geschäftserhaltende Substrat, sondern diese Funktion kommt dem Grundkapital zu. Dieses allein ist die unpersönliche Kreditgrundlage, welche der Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit überhaupt erst erlaubt. Das Aktienkapital bildet allerdings nicht den einzigen Vermögenswert der AG. Es dient nach der Gründung vorerst einmal als Betriebskapital, wird in der Praxis bei gutem Geschäftsgang aber oft aus diesem herausgezogen, so dass neben diesem, den Gläubigern allein haftenden Aktivum noch ein besonderes eigentliches Betriebskapital ausgeschieden wird. Neben diesen beiden finanziellen Grundelementen muss die Gesellschaft einen gesetzlichen und kann einen freiwilligen Reservefonds äufnen, wobei man zwischen gesetzlichen, stillen und offenen Reserven unterscheidet. Was als Vermögen der Gesellschaft zu gelten hat, kann bei der komplizierten Struktur der modernen Unternehmensorganisation meist nicht mehr anhand einzelner Vermögensstücke abgeklärt werden, sondern ergibt sich nur aus der Gegenüberstellung von eigenen Mitteln und Verbindlichkeiten in der Bilanz. Insbesondere kann die Frage, ob das Aktienkapital die vom Gesetz geforderte Deckung aufweist, nicht in jedem beliebigen Augenblick des Geschäftslebens sofort beantwortet werden. Nur das Erstellen einer Bilanz, eine oft zeitraubende Arbeit, gibt die erwünschte Klarheit.

Tritt nun bei der AG ein Schaden ein, so trifft er grundsätzlich deren Vermögen schlechthin. Ob durch die Schädigung das Grund- oder Betriebskapital, stille oder offene Reserven gemindert werden, ist normalerweise ohne Belang. Ausnahmen bestehen insofern, als der gesetzliche Reservefonds besonderen Schutz genießt (art. 671 OR), und dass für die Gläubiger wichtig ist, ob für die Deckung des Schadens Teile des ausgeschiedenen Betriebskapitals und die Reserven ausreichen, oder ob das Grundkapital in Mitleidenschaft gezogen wird. Nur im zweiten Fall entsteht ihnen ein mittelbarer Schaden. Handlungen, die das Ansehen und den guten Ruf einer Gesellschaft schädigen, zeigen ihre vermögensrechtlichen Auswirkungen meist darin, dass bei den Gesellschaftsaktien ein Kurssturz eintritt, dass der AG Kredite versagt werden und diese durch schlechten Geschäftsgang in den Konkurs getrieben wird¹⁴.

Eine erschöpfende Aufzählung aller Fälle, in denen der AG ein Schaden entstehen kann, ist naturgemäss nicht möglich. Jede Verletzung aller Vorschriften des Gesetzes, die nicht ausschliesslich zum Schutze der Aktionäre und der Gläubiger bestehen, vermag die Gesellschaft zu schädigen. In der Praxis hat das Vorliegen einiger Haupttatbestände immer wieder Anlass zur Stellung der Verantwortlichkeitsfrage und damit zur Klage der Gesellschaft gegeben¹⁵.

Eine der häufigsten Schadensursachen, besonders im Bankwesen, war die mangelhafte Organisation der Verwaltung. Gefährliche Machtkonzentrationen in einer oder wenigen Personen und Missbrauch dieser Macht haben zu zweckfremden Verwendungen von Gesellschaftsmitteln und damit zum Zusammenbruch des Unternehmens geführt¹⁶. Dass diese Zustände nur möglich waren, wenn gleichzeitig die Kontroll- und Aufsichtsorgane versagten, versteht sich von selbst.

Häufig sind auch Schadensfälle, in denen die Gründer einer AG verantwortlich werden, weil sie versucht haben, die Vorschriften über Apports und Sachübernahme zu umgehen¹⁷. Der Schaden der Gesellschaft be-

¹⁴ Vgl. Jäggi a.a.O. 304.

¹⁵ Vgl. Wetter 193 ff.

¹⁶ Vgl. die zahlreichen Fälle bei Wetter, der von einer eigentlichen Verwaltungsrats- und Direktorenkalamität spricht. (Jahre 1910—15)

¹⁷ Vgl. BGE 34 II 28 ff.; 59 II 446 ff.; 47 II 272; 64 II 272. Vgl. vorn 65 ff. Wehrli 119—23 zieht die Möglichkeit einer Schädigung der AG durch die Gründer in Zweifel, lässt die Frage aber offen. u. E. zutreffender: Hotz 183/84, der aus dem Gegensatz zwischen art. 752/753 OR schliesst, dass im Sinne des art. 753 Ziff. 1 OR sehr wohl ein Schaden der Gesellschaft und damit ein mittelbarer Schaden der Aktionäre und Gläubiger möglich ist.

steht dann darin, dass das aus Sachwerten bestehende Grundkapital stark überbewertet und praktisch kein Kreditinstrument ist.

Komplizierte und meist in Vergleichen endigende Verhältnisse liegen dann vor, wenn im Konkurs der AG den Verwaltungsorganen der Vorwurf mangelnder Sorgfalt bei der Geschäftsführung gemacht wird¹⁸. Missverhältnis zwischen eigenen und fremden Mitteln, Ueberschreiten des natürlichen Geschäftsraysons, Anwendung falscher oder tendenziöser Bewertungsgrundsätze, mangelnde Risikoverteilung, spekulative Kreditgewährungen, z. B. ins Ausland, waren und sind die Ursachen für das Entstehen eines Schadens der Gesellschaft¹⁹. Besondere rechtliche Probleme für die Geltendmachung des Schadens der Gesellschaft gegenüber ihren Organen bestehen nicht.

2. Unmittelbarer Schaden

a) der Aktionäre

Den Aktionären entsteht ein Schaden unmittelbar, wenn ihre Individual- und Sonderrechte, die ihnen aus Vertrag oder Gesetz zustehen, verletzt werden. Ausser der aus art. 754 OR ersichtlichen Verletzung vertraglicher Pflichten können Handlungen, die einen unmittelbaren Schaden begründen, ihren Rechtsgrund auch in einer unerlaubten Handlung haben. Die Aktionärrechte können mitgliedschaftlicher oder vermögensrechtlicher Art sein. Eine andere Unterscheidung, die in bezug auf die Beschränkungen der Klage der Aktionäre von Bedeutung ist, ergibt sich bei mehr gesellschaftspolitischer Betrachtung. Das Gesetz kennt Rechte, die dem Aktionär schlechthin nicht entzogen werden können, solche, die ihm nur mit seiner Zustimmung und endlich solche, die ihm mit einfacher oder qualifizierter Mehrheit der Generalversammlung entzogen werden können²⁰. Durch Verletzung dieser Rechte entsteht der Gesellschaft und den Gläubigern in der Regel kein Schaden, doch besteht die Möglichkeit, dass dadurch auch deren Interessen indirekt geschädigt werden. Der Aktionär hat z. B. Anspruch darauf, dass der Zweck der Gesellschaft erhalten bleibt, dass eine AG ihre Tätigkeit in einer bestimmten Geschäftsbranche (laut Statutenentwurf) entfalte. Ändert nun die Verwaltung, eventuell mit Zustimmung einer Generalversammlungsmehrheit dieses Ge-

¹⁸ Vgl. H. Zimmermann 16 und 55.

¹⁹ Vgl. Staub Komm. zu § 241 HGB Anm. 23. Einzelne Tatbestände vgl. bei mittelbarem Schaden der Aktionäre und Gläubiger. BGE 48 II 56; 63 II 173 ff.; 67 II 167; 72 II 293 ff.; 75 II 149 ff.

²⁰ Vgl. Weiss, in: SJZ 39, 513/529 ff.

schäftsgebiet, so können damit nicht nur der einzelne, nichtzustimmende Aktionär, sondern auch die Gesellschaft und die Gläubiger zugleich einen Schaden erleiden.

Unmittelbar in seinen Mitgliedschaftsrechten und damit praktisch auch in seinen vermögensrechtlichen Ansprüchen beeinträchtigt ist der Aktionär, wenn ihm seine Aktien widerrechtlich kaduziert oder amortisiert werden, wenn ihm sein Aktientitel vorenthalten wird, oder wenn er in diesen Rechten anlässlich von Kapitalherabsetzung, Zusammenlegung von Aktien, Fusion oder Auflösung der Gesellschaft benachteiligt wird ²¹.

Auch die Verweigerung des Stimmrechts ²², des Rechts auf Teilnahme an der Generalversammlung und eines beschränkten Rechts auf Einsicht und Kontrolle stellt einen direkten Eingriff in die Anspruchssphäre des Aktionärs dar und kann diesem einen unmittelbaren Schaden entstehen lassen ²³.

Schliesslich begründet die Verletzung der rein vermögensrechtlichen Ansprüche des Aktionärs auf Dividende, Liquidationsanteil, Bauzinsen, auf Bezug neuer Aktien und statutarisch festgelegter Vorteile sowie auf Beschränkung seiner Beitragspflicht einen Schaden, der ihn unmittelbar in seinem persönlichen Vermögen treffen kann ²⁴.

Grundsätzlich ist allerdings zu sagen, dass eine Verletzung dieser auf Gesetz oder Vertrag beruhenden Rechtsgüter des Aktionärs nicht ausschliesslich in jedem Fall eine unmittelbare Schadenszufügung allein darstellt. Vielmehr kann eine die Gesellschaft schädigende Handlung gleichzeitig auch eine Beeinträchtigung der Sonderrechte des Aktionärs im Gefolge haben, wobei die Reparation des Gesellschaftsschadens nicht auch schon den unmittelbaren Schaden des Aktionärs heilt. Durch Untergang der Klage der Gesellschaft wird die Klage des Aktionärs nicht beseitigt, beide Ansprüche bestehen aus verschiedenen Rechtsgründen nebeneinander ²⁵.

²¹ Vgl. Widmer 93. Picenoni 162. Art. 646, 681, 686, 689, 692, 706, 724—733 OR. BGE 57 II 528; 59 II 435; 72 II 275.

²² Ueber unzulässige Stimmrechtsbeschränkungen und Ausschlüsse vgl. E. Hagmann 33—39, welche postuliert, dass ausser in den gesetzlichen Fällen die Statuten keine weiteren Stimmrechtsausschlüsse enthalten dürfen.

²³ Z. B. Stimmrecht bei vinkulierten Namenaktien. Vgl. art. 646, 686, 689, 697 OR. BGE 59 II 44; 71 II 277; 75 II 348.

²⁴ Vgl. Art. 644, 646, 660, 681, 688 OR. BGE 41 II 610; 58 II 151; 72 II 392.

²⁵ Z. B.: Eine widerrechtliche, durch Sonderinteressen inspirierte Amortisation von Aktien verstösst sowohl gegen die Interessen der Gesellschaft, als auch gegen die unentziehbaren Rechte des Aktionärs auf Erhaltung der Mitgliedschaft und der daraus sich ergebenden Vermögensrechte.

Als im Interesse der Aktionäre aufgestellte Vorschriften können ferner die Bestimmungen über die Publizität bei der AG aufgefasst werden²⁶. Sowohl im Gründungs- und Liquidationsstadium, als auch im normalen Gesellschaftsleben der AG kann ein Verstoß gegen diese Vorschriften, besonders gegen die strengen Bilanzbestimmungen²⁷, den unmittelbaren Schaden des Aktionärs verursachen.

In all diesen Fällen tritt der Schaden direkt, ohne die Gesellschaft zu schädigen, im Vermögen des Aktionärs ein und äussert sich darin, dass die Aktien kursmässig entwertet werden, dass ihm keine Dividende ausbezahlt wird, dass er bei Bezug neuer Aktien übergangen wird, usw. Der Schaden tritt somit als wirklich erlittener Verlust wie auch als entgangener Gewinn auf und muss dem Aktionär in dem Ausmass repariert werden, als er ihm persönlich entstanden ist.

b) der Gläubiger

Jedem Gläubiger steht ein separater Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens zu, der ihm durch eine pflichtwidrige oder unerlaubte Handlung unmittelbar zugefügt wird. Er kann in der Weise einen direkten Schaden erleiden, dass die Handlungen der haftbaren Personen, ohne die Gesellschaft zu schädigen, direkt in seine persönliche Sphäre eingreifen²⁸. Unmittelbar geschädigt ist ein Gläubiger vorerst einmal dann, wenn er in seiner vermögensrechtlichen Stellung als Gläubiger nach allgemeinem Vertragsrecht beeinträchtigt wird. Dazu gehört z. B. Verzug in den Zinszahlungen, Verzug bei Teil- und Vollrückzahlungen von Krediten nach Vertrag. Dem Gläubiger steht in dieser Situation die normale Klage aus Nichterfüllung eines Vertrages gegen die Gesellschaft zu. Gegenüber den Organen einer AG ist seine Stellung eine andere. Die positiven Vorschriften des Gesetzes über die Publizität, speziell die in art. 662/677 OR enthaltenen Bilanzvorschriften, sowie diejenigen über Apports, Sachübernahme, Erhaltung des Grundkapitals, sollen den Gläubiger der AG vor Schaden schützen²⁹. Eine Verletzung dieser Normen stellt eine un-

²⁶ Vgl. Hengeler 51 ff. Art. 629 ff., 724, 733 OR. BGE 54 II 23 ff.

²⁷ Z. B. bei Kapitalerhöhung, sowie bei Erwerb der Aktien auf Grund unrichtiger Bilanz. Vgl. art. 662—677 OR. Betr. Schadensnachweis und Kausalzusammenhang bei Behalt der Aktien auf Grund gefälschter Bilanz vgl. vorn 50 ff. Kursverluste stellen nur dann ausschliesslich einen unmittelbaren Schaden des Aktionärs dar, wenn der Gesellschaft durch die gleiche Handlung kein Schaden entstanden ist.

²⁸ K. Wieland II, 140 ff. Locher 102. Kaeslin 66 ff. Senn 126.

²⁹ Vgl. Wehrli 118. BGE 47 II 285. Zum Gläubigerschutz bei Kapitalerhöhungen vgl. A. Wieland, in SJZ 49, 172 ff.

erlaubte Handlung dar und kann ihn unabhängig von Gesellschaft und Aktionär schädigen. Für die Geltendmachung dieser Schäden bestehen für den Gläubiger keine aktienrechtlichen Beschränkungen, insbesondere bildet hier der Konkurs keine Voraussetzung seiner Klage.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass unmittelbare Gläubigerschäden vor allem im Stadium der Gründung der AG auftreten³⁰. Auf Grund der Prospekte, Statutenentwürfe oder Zirkulare wird ein Gläubiger zur Kreditgewährung verleitet (vgl. art. 752 OR). Da das Grundkapital aber nur vorgetäuscht ist, ist der Kredit in Wahrheit ungedeckt. Auch bei der eingetragenen Gesellschaft wird die Gewährung von Krediten auf Grund verschleierte oder gefälschter Bilanzen regelmässig zur direkten Schädigung des Gläubigers führen³¹.

Tritt die AG in Liquidation, so kann einzelnen oder mehreren Gläubigern daraus eine unmittelbare Benachteiligung entstehen, dass durch die Handlungen der Organe bestimmte Gläubiger über die wahre Lage der Gesellschaft getäuscht, indem Vermögenswerte verschoben, vertauscht oder verschleiert werden³².

Die grosse wirtschaftliche Bedeutung, die der Emission von Obligationen heute zukommt, hat zur gesetzlichen Verstärkung des Schutzes der Obligationärgläubiger geführt³³. Durch pflichtwidrige Verschlechterung der Kreditbasis nach Erlass eines Prospektes entsteht dieser Gläubigerkategorie ein Schaden. Dieser besteht darin, dass die ausgegebenen Titel mit rechtlichen oder wirtschaftlichen Mängeln behaftet sind, was bei deren Veräusserung zu Verlusten führt³⁴.

Eine andere unmittelbare Benachteiligung kann dem Gläubiger dadurch erwachsen, dass die Organe der AG an der unwahren Erklärung gegenüber dem Handelsregisterführer mitwirken, das Aktienkapital sei voll einbezahlt. Dadurch werden die Gläubiger zur Kreditgewährung veranlasst und kommen im Konkurs zu Schaden³⁵.

³⁰ Wehrli 120—22. BGE 49 II 243; 61 II 231; 76 II 311 ff.

³¹ Vgl. Wehrli 113. BGE 59 II 455. Weitere Beispiele direkter Gläubigerschädigung vgl. Ruegg 109.

³² Nur mittelbarer Schaden liegt vor, wenn einzelne Gläubiger bevorzugt werden. Geschädigt ist in erster Linie die Liquidationsmasse. Vgl. Henggeler 44/46.

³³ Verschärfung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bestimmungen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen (art. 1156 ff. OR).

³⁴ Vgl. Huber 56/59. Botschaft 60. Weitere Einzelfälle vgl. Henggeler 36 ff.

³⁵ z. B. BGE 49 II 246: Die Klage aus art. 754 OR scheiterte allerdings, da die Absichtlichkeit der Pflichtverletzung nicht erwiesen war (aOR). Vgl. dagegen BGE 76 II 311 ff., betr. Scheineinzahlung von Aktien.

Ebenfalls unmittelbar, und zwar aus unerlaubter Handlung, ist der Gläubiger geschädigt, wenn anlässlich der Gründung wertlose Patente und unbrauchbare Einrichtungen eingebracht werden, welche in der Bilanz bösgläubig als vollwertig bezeichnet werden und den Gläubiger zur Darlehensgewährung veranlassen³⁶.

Die Klage auf Ersatz des dem Gläubiger zugefügten Schadens wird, wie bereits ausführlich dargelegt wurde, als eine solche vertraglicher Natur betrachtet, sofern sie sich auf art. 754 OR stützt.

Der unmittelbare Schaden der Gläubiger kann seinen Rechtsgrund aber auch in einem Delikt oder Quasidelikt haben (art. 752/53 OR). Der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz des ihm unmittelbar entstandenen Schadens bestimmt sich da deshalb nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzes aus unerlaubten Handlungen (41 ff. OR)³⁷ und beschränkt sich auf das Ausmass seines ihm persönlich entstandenen Ausfalls.

3. Mittelbarer Schaden

a) der Aktinäre

Der mittelbare Schaden eines Aktionärs ist derjenige Nachteil, der ihm dadurch in seinen vermögensrechtlichen Ansprüchen an die AG entsteht, dass die Gesellschaft selbst in ihrem Vermögen eine Einbusse erleidet. Die rechtlichen Beziehungen der schädigenden Personen zur Gesellschaft bleiben dabei ausser Betracht. Soweit die Aktionäre ein Interesse daran haben, dass das Gesellschaftsvermögen nicht unrechtmässig gemindert wird, soweit geht auch der Anspruch des Aktionärs auf Ersatz des mittelbaren Schadens. Dieser Schaden trifft den Aktionär anteilmässig nach seiner Beteiligung an der AG. Theoretisch entspricht er derjenigen Minderleistung der Gesellschaft an den Aktionär, die die schädigende Handlung am Gesellschaftsvermögen zur Folge hat. Der mittelbare Schaden des Aktionärs ist jedoch in den meisten Fällen nicht in einer rechnerischen Grösse zu ermessen. Schon die Praxis des aOR kam früh zur Erkenntnis, dass sich ein Quotenanteil des Aktionärs am entstandenen Schaden richtigerweise nicht ermitteln lasse³⁸ und dass es

³⁶ BGE 61 II 228 ff.

³⁷ Er wird von einer Entlastung nicht berührt. Vgl. Biggel 43/44, Schucany Komm. zu art. 698 OR Anm. 7, BGE 67 II 167. Piconi 195: der a.a.O. u. E. nicht zutreffend bemerkt, dass der primäre Schaden seinen Rechtsgrund «nur» in einem Delikt oder Quasidelikt haben kann.

³⁸ Vgl. BGE 44 II 38; 59 II 455 Erw. 2.

sich deshalb auch nicht rechtfertige, dem Aktionär eine Klage auf Leistung des Ersatzes an sich selbst zu gewähren³⁹.

Der Schaden des Gesellschafters, der darin besteht, dass sein Gesellschaftsanteil gemindert wird oder ganz untergeht, stellt eigentlich wirtschaftlich keinen mittelbaren Schaden dar, denn er ist ihm direkt in Verletzung einer Vertragspflicht (art. 754 OR) oder durch unerlaubte Handlung (art. 41 ff. OR) in seiner Vermögensmasse entstanden. Mittelbar sind nur diejenigen Nachteile, die dem Aktionär kraft Gesellschaftsverhältnis entstehen, wenn das reduzierte Vermögen der AG seine normalen Funktionen gegenüber dem Aktionär nicht mehr ausüben vermag⁴⁰. In Frage kommt dabei vor allem die Ausschüttung einer Dividende, andere Formen der Gewinnbeteiligung, wie Ausgabe von Gratisaktien, sowie die Ausrichtung eines Liquidationsanteils über den Wert des gezeichneten Aktienbesitzes hinaus⁴¹. Wird der Aktionär in seinen Mitgliedschafts- oder Herrschaftsrechten beeinträchtigt, so bleibt die Gesellschaft davon unberührt; es entsteht kein mittelbarer, sondern ein unmittelbarer Schaden. Anders aber z. B. im Falle des Erwerbs eigener Aktien⁴². Durch Stützungskäufe versucht eine Gesellschaft, ihre prekäre Situation zu retten⁴³. Im Interesse des wirtschaftlichen Weiterbestehens der Gesellschaft nehmen die Aktionäre eine Beschränkung ihrer Mitgliedschaftsrechte dabei in Kauf. Gelingt die Aktion nicht, so kommt die AG zu Verlust und die Aktionäre sind gleichermassen mittelbar geschädigt. Mittelbar ist der Schaden des Aktionärs ferner nur dann, wenn er nach dessen Beteiligung an der AG eingetreten ist.

Praktisch kann gefragt werden, wie z. B. der Schaden zu substantzieren sei, wenn dem Aktionär durch Schädigung der Gesellschaft ein Dividendenausfall entstanden ist. Allgemein gesehen, umfasst die Benach-

³⁹ Vgl. K. Wieland II, 137 ff. Bachmann Komm. zu art. 674 aOR Nr. 3. BGE 23 II 1071 ff. Vgl. BGE 55 II 100: «Liegt in erster Linie ein Schaden der Gesellschaft vor, so ist derjenige des Aktionärs nur mittelbar, sofern die gleiche Handlung dafür kausal ist und den Aktionär nicht unmittelbar in seinen persönlichen, von der AG unabhängigen Interessen verletzt.»

⁴⁰ Jäggi, in: SJZ 48, 304, unterscheidet zwei Schadensbegriffe für mittelbaren Schaden: 1. denjenigen des art. 753 OR als wertmässige Differenz zwischen dem von den Gründern kundgegebenen und dem wirklichen Zustand der AG bei der Gründung; 2. den herkömmlichen Schadensbegriff als unfreiwillige Vermögensverminderung, der für die Schäden aus art. 754 OR anzunehmen ist.

⁴¹ Vgl. Entscheid des Handelsgerichts St. Gallen, zit. in: SJZ 14, 193. Klage des Gesellschafters gegen die Geschäftsführer auf Leistung an die Liquidationsmasse.

⁴² Henggeler 53.

⁴³ Trotz Fehlens eines Schadens liegt möglicherweise aber gleichwohl eine Pflichtverletzung vor: Missachtung des Verbots auf Erwerb eigener Aktien.

teilung des Gesellschafters nämlich sowohl den Anteil am Verlust des Gesellschaftsvermögens der AG, der seinem Aktienbesitz entspricht, als auch den Ausfall der Dividende, die dem Aktionär bei integrem Vermögen der Gesellschaft ausbezahlt worden wäre. Nach schweizerischer Lösung steht dem Aktionär aber nur die Klage auf Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu (art. 754 OR). Sie schliesst seinen Dividendenverlust nicht ein. Diesen hat er, falls der Gesellschaftsschaden geheilt wurde und die Generalversammlung trotz den nunmehr vorhandenen Voraussetzungen keine Gewinnverteilung beschliesst, auf dem normalen Wege der Anfechtung geltend zu machen⁴⁴.

Durch einen Verzicht der AG auf die Geltendmachung ihres Schadens gehen die Klagerechte der Aktionäre nicht unter; allerdings nicht ohne Beschränkungen, wie hinten⁴⁵ noch zu zeigen sein wird.

Das Bundesgericht hatte schon wiederholt zu entscheiden, in welcher Weise die Regulierung des mittelbaren Schadens der Aktionäre zu treffen sei. Als solche Schäden standen z. B. zur Diskussion:

1. In einem viel zitierten Fall⁴⁶ bestand der mittelbare Schaden darin, dass die Verantwortlichen in Verletzung ihrer Pflichten als Verwaltungsratsmitglieder einen Reingewinn zur Kompensation mit ihrer eigenen Aktienschuld verwendeten, wodurch den Klägern in der Folge der ihnen zustehende Reingewinnanteil mehrerer Jahre entzogen wurde.

2. Durch betrügerische Ueberbewertung bei der Uebernahme von Landstücken haben die Beklagten in einem anderen Falle in Verletzung ihrer Pflichten als Verwaltungsräte den Konkurs der Gesellschaft herbeigeführt. Die Aktionäre waren nach Massgabe ihres Aktienbesitzes durch den Gesamtschaden mittelbar betroffen⁴⁷.

b) der Gläubiger

In analoger Weise wie beim mittelbaren Schaden des Aktionärs gilt auch für den Gläubiger, dass nur da von einer mittelbaren Schädigung

⁴⁴ Die Lage des so geschädigten Aktionärs ist alles andere als einfach: Liegt z. B. ein interessenbedingter Vergleich zwischen Gesellschaft und Verantwortlichen vor, so hat der Aktionär vorerst einmal diesen Vergleich anzufechten. Vgl. dazu BGE 47 II 436; 72 II 293 ff.

Henggler, «Die AG im neuen OR», 12: Anfechtung der Gewinnfestsetzung und Antrag auf Gewinnverteilung kann in der gleichen Klage enthalten sein.

⁴⁵ Vgl. III. Teil.

⁴⁶ BGE 44 II 38 ff. bes. Erw. 4.

⁴⁷ BGE 59 II 453. Betr. Substanziierung des mittelbaren Schadens bei Scheineinzahlung von Aktien vgl. Jäggi a.a.O. 304/305. Weitere Tatbestände vgl. H. Zimmermann a.a.O. 24/25

gesprochen werden kann, wo aus den pflichtwidrigen oder unerlaubten Handlungen der Verantwortlichen vorerst der Gesellschaft direkt ein Schaden zugefügt wurde (art. 754/55 OR). Der Schaden der Gläubiger ist also nur dann mittelbar, wenn er sich aus dem Schaden der Gesellschaft ableitet. Ein schädigendes Verhalten seitens der Organe der AG kann auch hier als vertragliche Pflichtverletzung die Gesellschaft in ihrem Vermögen beeinträchtigen. Ist in diesem Verhalten zugleich eine unerlaubte Handlung, z. B. eine böswillige Täuschung, vorhanden, so kann der Gläubiger seinen Nachteil, trotzdem bereits eine Klage der Gesellschaft besteht, uneingeschränkt aus art. 41 ff. OR geltend machen. Die beiden Klagen haben aber verschiedene rechtliche Voraussetzungen.

Art. 758 OR gestattet dem Gläubiger, der seine Klage auf art. 755 gründet, jedoch die Geltendmachung seines Anspruches erst, wenn über die AG der Konkurs ausgebrochen ist. Im weiteren steht der Anspruch nur der Gesamtgläubigerschaft zu. Ein Einzelklagerrecht auf Ersatz des Schadens an die Gesellschaft existiert nach schweizerischem Recht für den Gläubiger nicht ⁴⁸.

Praktisch erwächst den Gläubigern nicht in jedem Fall einer Schädigung der Gesellschaft ein eigener Schaden. Erst dann werden die Interessen der Kreditoren tangiert, wenn die Minderung, die im Vermögen der Gesellschaft eintritt, derartiges Ausmass annimmt, dass der allein den Gläubigern haftende Vermögensteil der AG, das Grundkapital, angegriffen wird ⁴⁹.

Im Konkurs, der hier die Voraussetzung einer Klageerhebung ist, gehen alle Ansprüche der Gesellschaft auf die Konkursmasse über. Der mittelbare Schaden der Gläubiger aus Vertrag kann nun theoretisch auf zwei verschiedene Arten geltend gemacht werden: Entweder die Konkursmasse hat ein direktes Klagerecht gegen die Organe auf Leistung an sich selbst, oder aber es steht dem Gläubiger nur die subrogatorische Klage auf Leistung an die Gesellschaft zu. Das schweizerische OR hat die erstere Lösung gewählt. Die Frage ist für die Wirkungen der Entlastung von Bedeutung ⁵⁰.

⁴⁸ Wohl aber in ausländischen Rechten. Vgl. Biggel 40 ff.

⁴⁹ Vgl. Hotz 197, A. Wieland in SJZ 49, 172 ff.: Widerrechtliche Auszahlungen an die Aktionäre aus dem Gesellschaftsvermögen anlässlich von Kapitalerhöhungen begründen eine Klage der Gläubiger nicht nur gegen die Gesellschaft, sondern auch gegen die Aktionäre (z. B. auf Rückerstattung nicht verdienter Dividenden).

⁵⁰ Vgl. Picenoni 196/197.

Ob ein mittelbarer oder ein unmittelbarer Schaden vorliegt, ist nicht immer ohne weiteres zu erkennen. Der Entscheid darüber hängt davon ab, ob man im einzelnen Fall die Gesellschaft als in erster Linie Geschädigte ansehen will. Dies trifft besonders für den Fall des art. 753 OR zu. Nach Wehrli⁵¹ ist es Sache der Auslegung dieser Bestimmungen über die Haftung der Gründer, ob man Beschränkungen der Haftung auf die Fälle der Irreführung durch falsche Angaben im Gesellschaftsvertrag annimmt oder ob man behauptet, dass nach art. 753 OR für den Schaden gehaftet wird, den die Gesellschaft aus der Ausführung von Sachübernahmen in den Fällen erleidet, bei denen kein Statuteneintrag erfolgte. Im zweiten Fall würde somit nur ein mittelbarer Schaden der Aktionäre und Gläubiger vorliegen.

Entgegen Wehrli vertritt Hotz⁵², u. E. überzeugender, die zweite Auffassung, indem er ausführt, dass irreführende Auskünfte, die zu einer Schädigung der Gläubiger führen können, ohne die Gesellschaft zu tangieren, durch die art. 752 und 41 ff. OR erfasst werden. Mit dem Schaden aus art. 753 OR kann damit also nicht nur der unmittelbare Schaden der Aktionäre und Gläubiger, sondern auch der Schaden der Gesellschaft und damit ein mittelbarer Schaden der Gesellschafter und Gläubiger gemeint sein.

Für das Vorliegen eines mittelbaren Schadens ist weiter bedeutsam, dass der Schaden nach der Kreditgewährung eingetreten ist, indem das Verschweigen eines bereits vor der Kreditierung entstandenen Schadens eine bewusste Täuschung des Gläubigers darstellt und diesem somit ein unmittelbarer Ersatzanspruch aus art. 41 ff. OR zustehen würde⁵³.

Sofern die bis jetzt erwähnten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, kann definitionsgemäss jede Schädigung der Gesellschaft einen mittelbaren Schaden des Gläubigers nach sich ziehen. Die Möglichkeiten einer Schadenszufügung am Gesellschaftsvermögen sind ausserordentlich vielfältig⁵⁴. Demgegenüber ist der mittelbare Schaden des Gläubigers immer gleichgeartet: Seine Forderungen aus Darlehen oder anderen Gläubigerrechten sind nicht mehr gedeckt; bei Auflösung der Gesellschaft entstehen ihm Verluste.

⁵¹ Wehrli 123.

⁵² Hotz 184/85. Vgl. auch Henggeler 49.

⁵³ K. Wieland II, 141. Henggeler 49. Locher 99.

⁵⁴ Vgl. vorn 90 ff., ferner Wolf 4 ff.

Das Bundesgericht hatte bis heute nur wenige Fälle zu beurteilen, in denen sich die Gläubiger für den ihnen zugefügten mittelbaren Schaden auf art. 754/55 OR beriefen⁵⁵.

Nach der Auffassung des BGer ist ein Schaden des Gläubigers dann als mittelbar anzusehen, wenn durch die Mitwirkung des Verwaltungsrates an der Einreichung unwahrer Erklärungen über die Volleinzahlung des Aktienkapitals beim Eintrag ins Handelsregister ein Gläubiger der Gesellschaft Kredite gewährt. Der AG ist durch die dem unrichtigen Eintrag vorausgegangenen Manipulationen der Verantwortlichen schon ein Ausfall entstanden, so dass die Gläubiger im Ausmass der fehlenden Deckung ihrer Kredite mittelbar geschädigt werden⁵⁶.

⁵⁵ Auch in diesen Fällen meist ohne Erfolg. Vgl. aber BGE 39 II 561 ff. (Selbstkontrahieren und Doppelvertretung vor Konkursausbruch). Weiter: BGE 44 II 45; 59 II 455; 61 II 231.

⁵⁶ Vgl. BGE 49 II 245 ff. In diesem konkreten Fall scheiterte die Klage allerdings, da aus besonderen Gründen kein Schaden der Gesellschaft angenommen wurde. Weitere Schadensfälle vgl. H. Zimmermann a.a.O., 24/25.

III. TEIL

Ergebnis: Auswirkungen der Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Schaden auf die Klagen aus Verantwortlichkeit

§ 7. Die Beschränkungen der Klage der Aktionäre

A) Allgemeines

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden ist für die Aktionäre, wie auch für die Gläubiger in verschiedener Richtung von rechtlicher Bedeutung. Sie gibt hauptsächlich eine Schadenswürdigung wieder, die vom Standpunkt der Geschädigten aus zu sehen ist, weil sie ihre Wirkung in erster Linie diesen gegenüber äussert. Das Schadenersatzrecht des OR hat grundsätzlich in seinen Bestimmungen nur den direkten, unmittelbaren Schaden, der vom Verantwortlichen dem Geschädigten zugefügt wird, im Auge (art. 41 ff. OR). Liegt zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis vor, so hat ein Dritter aus dieser Schädigung nur dann einen Anspruch auf Ersetzung mittelbaren Schadens, wenn dies eine Sondernorm des Gesetzes vorsieht¹. Eine solche Sondernorm stellt nun aber zweifellos der art. 755, in Verbindung mit art. 753/54 des rev. OR dar². Diese Abweichung von der Regel ergibt sowohl für die Aktionäre als auch für die Gläubiger gewisse Besonderheiten ihrer rechtlichen Stellung im Falle von Verantwortlichkeitsansprüchen.

Voraussetzung jedes Schadenersatzanspruchs ist das Bestehen eines unmittelbaren oder mittelbaren Schadens. Liegt bei einem der drei geschädigten Anspruchsberechtigten, Gesellschaft, Aktionär oder Gläubiger, ein unmittelbarer Schaden vor, so müssen zwei Möglichkeiten unterschieden werden:

¹ Vgl. Wehrli 116.

² In der Praxis des aOR art. 673/74 bestritten.

1. Trifft dieser Schaden die Gesellschaft, so bewirkt er naturgemäss einen mittelbaren Schaden des Aktionärs; nicht in allen, aber in bestimmten Fällen auch einen solchen des Gläubigers³.
2. Sind jedoch Aktionäre oder Gläubiger direkt in ihrer Rechtsphäre verletzt, so entsteht der Schaden nur ihnen allein, ohne die beiden anderen Kategorien zu tangieren. Diese scheinbar selbstverständliche Definition ist für die erste Untersuchung eines Schadenereignisses von Bedeutung.

Eine Auswirkung der Unterscheidung allgemeiner Art ist darin zu sehen, dass die Qualifizierung «unmittelbar — mittelbar» unter Umständen dafür entscheidend sein kann, ob die Geschädigten ihren Schadenersatzanspruch auf Vertrag oder auf Delikt gründen können⁴. Während die Frage für den unmittelbaren Schaden keine Schwierigkeiten bereitet, gehen die Meinungen für den Fall der mittelbaren Schädigung auseinander⁵. Die Klage des Aktionärs auf Ersatz des mittelbaren Schadens kann sich aber nach heute einmütiger Lehre in jedem Fall auf Vertrag stützen.

Je nachdem, ob unmittelbarer oder mittelbarer Schaden vorliegt, wird die Schadensbemessung für den Aktionär unterschiedliche Resultate ergeben. Liegt ein direkter Schaden des Aktionärs vor, so wird er seinen Nachteil meist ohne Schwierigkeiten ziffernmässig darzutun vermögen. Nach anderen Gesichtspunkten hingegen ist sein mittelbarer Schaden zu würdigen. Das Problem des Kausalzusammenhanges stellt sich hier insofern, als das Interesse des Aktionärs in erster Linie auf die Wiederinstandsetzung des Gesellschaftsvermögens geht. Sein eigentlicher, persönlicher Schaden ist ihm nur anteilmässig erwachsen, er vermag ihn demzufolge oft erst im Konkurs oder bei der Liquidation ziffernmässig zu substantzieren⁶.

Entscheidend ist aber, dass der Aktionär bei mittelbarer Schädigung praktisch gar nicht seinen eigenen Schaden klagt, sondern denjenigen der Gesellschaft. Es kommt für ihn also darauf an, den Kausalzusammen-

³ Nur wenn das Grundkapital verletzt wurde.

⁴ Vgl. vorn 21 ff.

⁵ Bes. für den Schaden der Gläubiger vgl. Biggel 39; a. M. Piconi 195.

⁶ Auch dann jedoch nur mit Schwierigkeiten. Vgl. Wehrli 117 ff. Davon zu unterscheiden ist derjenige Schaden, der dem Aktionär als Auswirkung des Gesellschaftsschadens direkt in seiner Person entsteht. Bsp.: Dividendenausfall. Auch dieser Schaden muss aber wegen seiner Abhängigkeit vom Gesellschaftsschaden als mittelbar verzeichnet werden.

hang zwischen den schädigenden Handlungen und dem Schaden der Gesellschaft in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht als aussenstehender Dritter darzutun, was ihm, besonders wenn er dem Gesellschaftsleben nicht sehr nahe steht, nicht leicht fallen wird.

Eine andere Differenzierung allgemein gültiger Art erscheint möglich bei Betrachten der Konkurrenz der Klagen. Der unmittelbar geschädigte Aktionär kann seinen Schaden jederzeit ohne Beschränkung geltend machen. Ist er aber nur mittelbar in seinen Rechten verletzt, so tritt seine Klage in Konkurrenz mit derjenigen der Gesellschaft als erste Anspruchsberechtigte. Bei einer rechtskräftigen Gutheissung einer Klage wirkt das Urteil für alle Kläger, bei Abweisung aber nicht gegen sie. Der Aktionär ist am Weiterbestehen seiner Klage stark interessiert. Bei nachlässiger Prozessführung seitens der AG kann sein Anspruch nach der herrschenden Meinung (auf Ersatz an die Gesellschaft) auch bei negativem Prozessausgang nicht untergehen⁷.

Schliesslich kann sich die Unterscheidung unmittelbar/mittelbar in abgeleiteter Weise für die Klagelegitimation des Aktionärs bemerkbar machen. Das Recht zur Geltendmachung des unmittelbaren Schadens hat zur Voraussetzung, dass dem Kläger die Eigenschaft eines Aktionärs zukommt⁸. Ob dies auch für den mittelbaren Schaden gelten soll, ist in der Lehrmeinung bestritten. Nach dem Grundsatz «pas d'intérêt, pas d'action» ist jedoch u.E. mit Hotz (S.205) und Biggel (S.92) anzunehmen, dass auch im Falle des mittelbaren Schadens dem Aktionär, der seine Aktien verkauft hat, keine Legitimation zur Klage mehr zusteht⁹.

B) Das Prinzip der Leistung des Schadenersatzes an die Gesellschaft

Aus der Durchbrechung des Prinzips, dass normalerweise aus dem Abschluss eines Vertrages Wirkungen nur für die beiden Vertragsparteien entstehen können, sind im Aktienrecht eine Reihe von Unzuläng-

⁷ Vgl. Schucany Komm. zu art. 755 OR. a. M. Hotz 202, der dem Aktionär eine Klage erst geben will, wenn die AG auf eine solche verzichtet hat. Vgl. Biggel 92. Zur Frage, ob gleichberechtigte Solidarforderungen vorliegen vgl. Vigier 74—76.

⁸ Vgl. Biggel 91 und dort zitierte BGE. Entgegengesetzter Entscheid des Berner Appellationshofes, zit. bei Wehrli 115 Anm. 11.

⁹ Eine Ausnahme davon in BGE 59 II 456 (aOR). Gegenteilig aber in: Unveröffentlichter Entscheid vom 27. Juni 1933 i. S. Crédit Lausannois c. Röthlisberger. Vgl. G. Senn 138.

lichkeiten bei der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches aus Verantwortlichkeit entstanden¹⁰.

Auszugehen ist von der heutigen positiven Lösung des art. 755 rev. OR, welche die Rechtslage in der Frage geklärt hat. Der unmittelbare Schaden sowohl aus art. 41 ff. als auch aus art. 753/54 OR ist naturgemäss in jedem Fall ohne Ausnahmen vom Beklagten direkt dem Geschädigten zu ersetzen. Der mittelbare Schaden jedoch, der dem Geschädigten dadurch entstanden ist, dass das Gesellschaftsvermögen gemindert wurde, ist dadurch zu reparieren, dass vorerst der Schaden am Vermögen der Gesellschaft geheilt wird (art. 755 OR). Von einer eigentlichen «Ersetzung» des indirekten Schadens zu sprechen, ist deshalb ungenau, weil dem mittelbar Geschädigten durch die Regulierung des Schadens keine Vermögenswerte zukommen, über die er direkt verfügen könnte. Diese Regelung gilt für die Aktionäre wie für die Gläubiger. Nach neuem schweizerischem Recht¹¹ soll in erster Linie die Gesellschaft in ihrem Weiterbestand geschützt werden. Dadurch bleiben auch die Interessen der Gesellschafter und vor allem der Gläubiger gewahrt.

Diese Auffassung der heutigen schweizerischen Lehre war nicht immer unbestritten. Sowohl Lehrmeinung und Praxis des aOR in einem frühen Stadium, wie auch einzelne ausländische Gesetzgebungen¹² stehen auf dem Standpunkt, dass dem Aktionär bei Vorliegen einer mittelbaren Schädigung sehr wohl eine Klage auf Ersatz eines Quotenanteils des Gesamtschadens nach Massgabe seiner Beteiligung an ihn selbst gegeben sei¹³. Gegen die praktische Durchführung dieser Lösung ergeben sich jedoch schwere Bedenken. Erstens bereitet die genaue Berechnung des Quotenanteils des Aktionärs fast unüberwindliche Schwierigkeiten. Zweitens würde die Ausrichtung solcher Quotenanteile als Schadenersatz an die Aktionäre praktisch eine verbotene Rückzahlung von Aktienkapital darstellen. Man ist deshalb von dieser Auffassung, allerdings nach jahrelangen Auseinandersetzungen¹⁴, schon früh abgekommen, worauf in der Rechtsprechung des aOR in BGE 44 II 38 ff. im Jahre 1918 erstmals die sogenannte Wieland'sche Lösung¹⁵ übernommen wurde, welche das heute

¹⁰ Vgl. vorn 86 ff.

¹¹ Vgl. art. 756 II OR. Vgl. Widmer 103. BGE 54 II 23.

¹² Vgl. dazu bei Biggel 121—127.

¹³ Vgl. Biggel 111 und dort zitierte Literatur. Wächter, in: ZSR NF 7, 396 ff.

¹⁴ Eine ausführliche Darstellung dieser Auseinandersetzungen findet sich bei Biggel 110—121.

¹⁵ A. Wieland, in: ZSR NF 23, 268 ff.

in art. 755 OR verankerte Prinzip enthielt, dass grundsätzlich ein Schadenersatz auch dann an die Gesellschaft zu leisten ist, wenn er von den nur mittelbar geschädigten Aktionären und Gläubigern geltend gemacht wird¹⁶.

C) Die Entlastung und die Klage des Aktionärs

1. Bei unmittelbarem Schaden

Durch die Erteilung der Entlastung wird die Tätigkeit der geschäftsführenden, kontrollierenden und liquidierenden Organe für eine bestimmte Rechnungsperiode durch die AG (Generalversammlung) gebilligt. In der Entlastung kommt zum Ausdruck, dass die Gesellschaft gegenüber den Organen aus deren Tätigkeit keine Forderungsansprüche mehr geltend zu machen gedenkt¹⁷.

Damit ist auch schon gesagt, dass die Entlastung einer Klage des Einzelaktionärs auf Ersatz des ihm unmittelbar persönlich zugefügten Schadens nicht entgegensteht. Die AG kann selbstverständlich nicht für ihre Gesellschafter auf deren Schadenersatzforderungen gegenüber den Organen verzichten, da sie in diesem Fall ja ausserhalb der Anspruchsverhältnisse zwischen Verantwortlichen und Aktionären steht¹⁸. Demzufolge ist die Zustimmung des Gesellschafters zur Erteilung der Entlastung für sein Einzelklagerecht auf Ersatz des unmittelbaren Schadens ohne Bedeutung¹⁹. Dies gilt auch, wenn die AG in Konkurs fällt. Die Forderungen des Aktionärs gegen die verantwortlichen Personen werden durch den Konkurs der Gesellschaft nicht berührt²⁰.

Diese Nichtwirkung der Décharge ergibt sich auch aus der Systematik des OR. Art. 757 (Entlastung) figuriert unter der Marginale B. III, kann also nur im Zusammenhang mit dem art. 755 (mittelbarer Schaden B.I) gesehen werden, während er für die Anwendungsfälle des art. 754 keine Gültigkeit hat²¹.

¹⁶ Eine Ausnahme davon in BGE 59 II 456 (aOR).

¹⁷ Vgl. Picenoni 158 ff. (sog. Verzichttheorie), Barbey 101 ff.

¹⁸ Vgl. Biggel 89. Schucany Komm. zu art. 757 OR.

¹⁹ a. M. Ensslin 124 (aOR), zit. in: Picenoni 166.

²⁰ Vgl. Henggeler 56. Barbey 122/23.

²¹ Vgl. Henggeler 57. K. Wieland II, 135 N. 71.

2. Bei mittelbarem Schaden

Art. 757 OR selbst gibt eine Abgrenzung der Entlastungswirkung auf die Klagelegitimation für den mittelbaren Schaden gegenüber derjenigen bei unmittelbarem Schaden. Eine Klage des Aktionärs ist dann ausgeschlossen, wenn dieser der Déchargeerteilung zugestimmt hat oder seine Aktien in Kenntnis der erteilten Entlastung erworben, oder wenn er nicht binnen sechs Monaten seit dem Beschluss der Generalversammlung die Klage angehoben hat. Grundsätzlich hat also auch hier die Entlastung keine Wirkungen auf die Geltendmachung des mittelbaren Schadens²². Allerdings sind die Beschränkungen derart bedeutungsvoll, dass wohl die Mehrzahl der praktischen Fälle von ihnen erfasst werden. Die rechtliche Lage, nämlich die Tatsache, dass der Aktionär zugunsten der Gesellschaft einen Schadenersatz geltend macht, auf den diese ausdrücklich verzichtet hat, ist von mehreren Autoren zu Recht als merkwürdig bezeichnet worden²³.

Das Problem ist von der praktischen Seite her zu würdigen. Der art. 757 OR stellt eine besondere Schutzbestimmung zugunsten des Einzelaktionärs dar. Er ist das Produkt der praktischen Erfahrungen der letzten Jahrzehnte im Aktienwesen. Oefters kommt es nämlich vor, dass die Interessen der zur Verantwortung gezogenen Personen mit denen der Mehrheit der Gesellschafter in der Generalversammlung identisch sind. Dem Minderheitsaktionär soll durch art. 757 OR ein wirksames Mittel gegeben werden, mit dem er verhindern kann, dass sein berechtigter Schadenersatzanspruch durch einen Entlastungsbeschluss unterdrückt wird, dessen Zustandekommen nur einseitigen Sonderinteressen dient²⁴.

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf die rechtsgültig zustandegewordene Entlastung. Im einzelnen ergeben sich für den Aktionär insofern weitere Gesichtspunkte in der Frage, inwieweit seiner Klage die Entlastung entgegensteht, als ein solcher Déchargebeschluss entweder

²² Vgl. dazu Biggel 90 Anm. 191, zit. Ensslin. U. E. ist nicht einzusehen, inwiefern die Nichtwirkung der Entlastung auf die Klage für mittelbaren Schaden des Aktionärs diesen in seiner Beziehung zur Konkurrenzklage der Gesellschaft bevorzugt. Das Ergebnis seines Prozesses geht doch an die Gesellschaft; zudem werden ihm die Mühen einer Prozessführung aufgebürdet.

²³ Vgl. Henggeler 54. Piconi 173. Biggel 90. Barbey 123. Wolf a.a.O. 9.

²⁴ Vgl. Piconi 173. Henggeler 57. Biggel 90/91. Ueber die Wirkung der Entlastung bei Gründungsschäden vgl. Hotz 200 ff.

absolut nichtig oder aber kraft Gesellschaftsrecht oder wegen Willensmängeln anfechtbar sein kann²⁵.

Im Konkurs ändert sich die Rechtslage für den Aktionär nur in prozessualer Hinsicht. Gemäss art. 756 I OR steht seine Klage zuerst der Konkursverwaltung zu, die ihm, falls auch die Gläubiger verzichtet haben, ihre Ansprüche nach SchKG art. 260 abtreten kann. Vom Augenblick der Abtretung an ist, mit Ausnahme der Fristklausel, der art. 757 OR wieder voll auf die Klage des Aktionärs anwendbar²⁶.

Nach art. 756 I OR ist die Konkursverwaltung berechtigt, auch den mittelbaren Schaden des Aktionärs geltend zu machen. Während nun der Konkursmasse eine von der Generalversammlung der AG erteilte Entlastung ebenso entgegensteht wie der Gesellschaft selbst, kann ihr für den Fall, dass sie den mittelbaren Schaden des Aktionärs auf Leistung an die Masse geltend macht, ein gültiger Déchargebeschluss nach dem oben Gesagten nicht entgegengehalten werden. Allerdings müssen auch hier aus dem Prozessergebnis zuerst alle Gläubiger befriedigt werden, bevor der Aktionär aus der Klageanhebung der Konkursverwaltung Nutzen zieht.

D) Die Klagerechte des Aktionärs im Konkurs und im Nachlassvertrag

Grundsätzlich gilt für die Schadensregulierung im Konkurs der Gesellschaft²⁷, dass die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger in jedem Falle denen der Aktionäre vorgehen. Für den Einzelaktionär ergibt sich aus diesem Gebot in jedem einzelnen Fall die praktische Frage, ob es für ihn überhaupt einen Sinn habe, einen Schaden der ehemaligen Gesellschaft geltend zu machen und dabei Risiko und Prozesskosten auf sich zu nehmen²⁸.

Vollständig unabhängig vom Konkurs der Gesellschaft ist der Anspruch des Aktionärs auf Ersatz seines unmittelbaren Schadens. Seiner Klage stellen sich keine Hindernisse entgegen, weder von Seiten der Konkursmasse, noch seitens der Gläubiger²⁹.

²⁵ Einzelheiten dieser Frage vgl. Piconi 173—178. Henggeler 53.

²⁶ Vgl. dazu Henggeler 50/51. Piconi 178. Hotz 206.

²⁷ Dem Konkurs war im aOR das Zwangsnachlassverfahren gleichzustellen. Vgl. BGE 49 II 244.

²⁸ Vgl. Biggel 129. Eckstein 82.

²⁹ BGE 62 III 188 ff. Vgl. Piconi 178. Biggel 129. Vgl. aber vorn 106/107.

Für den mittelbaren Schaden des Aktionärs liegen die Verhältnisse anders. Mit dem Eintritt des Konkurses gehen nach art. 197 SchKG sämtliche Vermögensteile des Gemeinschuldners (der AG) auf die Konkursmasse über. Zu diesen Vermögenswerten gehören auch alle Schadenersatz- oder Regressansprüche der Gesellschaft. Der Schaden der Gesellschaft und damit der mittelbare Schaden der Aktionäre kann also in erster Linie von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden³⁰.

Verzichtet diese darauf, so steht einer Einzelklage der Aktionäre und Gläubiger nach art. 260 SchKG nichts im Wege³¹. Da aber die Gläubigeransprüche in jedem Fall vorgehen, wird sich der Aktionär erst dann zu einer Klage entschliessen, wenn auch die Gläubiger ihrerseits auf eine Klageanhebung verzichtet haben. Wie oben erwähnt, steht auch hier dem klagenden Aktionär die Zustimmung zur Entlastung entgegen³².

Bevor eine Aktiengesellschaft endgültig in Konkurs fällt, wird sie in den meisten Fällen versuchen, eine Aufschiebung des Konkursausbruches nach art. 725 Ziff. 4 OR beim Richter zu erreichen. Führt ein Sanierungsverfahren während dieses Aufschubes nicht zum Ziel, so wird man zu einem Nachlassvertrag greifen.

Auch bei Vorliegen eines solchen Vertrages ist es dem Aktionär nicht verwehrt, seine Ansprüche aus unmittelbarer Schadenszufügung geltend zu machen. Gegenstand eines Nachlassvertrages bildet das Vermögen der AG, zu welchem aber die direkten Forderungen des Aktionärs gegenüber den verantwortlichen Personen in keiner Beziehung stehen.

Komplizierter für den Aktionär gestaltet sich die Lage, wenn er seinen mittelbaren Schaden geltend machen will³³. Ist für die Gesellschaft der Konkurs aufgeschoben worden, so ist vorerst der Liquidator oder Sachwalter zur Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage befugt. Diesem kann aber die Entlastung entgegenstehen. Die Klagerechte der nichtzustimmenden Einzelaktionäre bestehen nach Massgabe des art. 757 OR weiter. Die Versuchung, seinen Anspruch auf prozessualen Wege geltend zu machen, ist jedoch für den Aktionär sehr gering. Seine Klage müsste sich auf Leistung an die Nachlassmasse richten; das Prozessergebnis wiederum steht nach den Bestimmungen des Nachlassvertrages (speziell

³⁰ Vgl. vorn 108.

³¹ Nach Biggel 130 steht der Anspruch allerdings zuerst noch der Gläubigergesamtheit zu. a. M. Vigier 81. Vgl. hinten 114 ff.

³² Vgl. vorn 108. Vigier 86.

³³ Vgl. dazu Henggeler 55 b.

bei einem solchen mit Vermögensabtretung) vorerst zur Verfügung der Gläubiger. Sind die Forderungen aller Gläubiger gedeckt, so wäre ein Ueberschuss erst noch unter alle Aktionäre zu verteilen, da der Aktionär einen solchen nur im Konkurs, nach den Bestimmungen des SchKG als Prozessgewinn selbst behalten könnte.

Ist der Aktionär zugleich wesentlicher Gläubiger der Gesellschaft, so kann er für die Reparation seiner doppelten Schädigung zwei Wege einschlagen: Er kann seine Interessen in der Eigenschaft als Aktionär oder aber, allerdings erst im Konkurs, als Gläubiger verfolgen. Je nach dem Grade der Ueberschuldung der Gesellschaft wird eine Klage auf Ersatz des mittelbaren Schadens auf die eine oder andere Art für ihn im Endergebnis vorteilhafter sein.

E) Die Rechtsstellung des Aktionärs bei Vorliegen eines Vergleichs

Vergleiche, die bei der AG abgeschlossen werden, setzen voraus, dass durch Handlungen der Verantwortlichen der Gesellschaft ein Schaden zugefügt wurde. Solche internen Abmachungen sind in der Praxis allgemein üblich. Sie können in jedem Zeitpunkt des Bestehens einer Gesellschaft zustande kommen. Auf der einen Seite der Vertragspartner stehen immer die schadenersatzpflichtigen Personen, auf der andern entweder die solvante Gesellschaft, ihre Liquidations- oder Nachlassmasse oder aber ihre Konkursmasse, welche durch die Konkursverwaltung vertreten wird³⁴. Der Zweck solcher Vergleiche besteht darin, sowohl für Haftbare, wie Berechtigte einen Verantwortlichkeitsprozess zu vermeiden, da ein solcher in jedem Fall dem Ansehen beider Parteien in der Oeffentlichkeit nur schaden kann. Immerhin soll ein Vergleich die berechtigten Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger angemessen berücksichtigen. Entspricht er dieser Forderung nicht, so stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten, die einem Aktionär offenstehen, der dem Vergleich nicht zustimmt³⁵.

³⁴ Vergleiche können aber aus allgemeinem Vertragsrecht nichtig oder anfechtbar sein. Vgl. dazu Picenoni 185.

³⁵ Ist die gesamte Verwaltung einer AG aus schädigenden Handlungen verantwortlich, so wird ein von der Generalversammlung gewählter Vertreter für die Gesellschaft die Vergleichsverhandlungen führen. Ist nur ein einzelnes Mitglied verantwortlich, so kann ein von der Generalversammlung beauftragtes Mitglied der Verwaltung dazu befugt sein. Auf jeden Fall haben sich die Aktionäre in einer Generalversammlung zum Vergleichsvorschlag zu äussern und darüber abzustimmen.

Auch hier wieder scheidet für unsere Betrachtungen der unmittelbare Schaden aus. Gegenstand eines Vergleiches kann nur der Schaden der Gesellschaft und damit der mittelbare Schaden des Aktionärs sein. Die Geltendmachung seiner unmittelbaren Forderung wird davon nicht berührt.

Im Konkurs der Gesellschaft — um die einfachere Lösung vorwegzunehmen — kann durch die Konkursverwaltung, welche die Interessen der Aktionäre und der Gläubiger wahrzunehmen hat, ein Vergleich zwischen haftbaren Organen und Konkursmasse erzielt werden. Dieses aussergerichtliche Uebereinkommen verpflichtet die Beklagten, an die Masse einen Betrag zu leisten, der den der Gesellschaft zugefügten Schaden teilweise deckt³⁶. Der Aktionär ist an solche Vergleichsverträge nur bedingt gebunden. Ist er mit dem Vergleich nicht einverstanden, so kann er sich den Anspruch der Masse abtreten lassen, allerdings unter Sicherstellung des Vergleichsergebnisses zu deren Gunsten³⁷. Sofern ein Gläubiger diese Abtretung (aber auch unter Sicherstellung) verlangt, geht dessen Recht vor. Vom Ergebnis des Prozesses dient vorerst die Höhe der Vergleichssumme der Masse, der Rest jedoch nach konkursrechtlichen Vorschriften allein zur Deckung der Forderung des prozessführenden Aktionärs. Ein letzter Ueberschuss ist wieder an die Masse abzuliefern³⁸.

Steht die Gesellschaft aufrecht, so ist die Situation verändert. Ungünstig stellt sich vor allem die Lage der beklagten Partei dar, die Schadenersatz zu leisten hat. Hat sie nämlich mit der Gesellschaft, der Liquidations- oder Nachlassmasse einen Vergleich abgeschlossen und die vertragliche Summe an die Masse abgeliefert, so kann es geschehen, dass sie trotzdem von einzelnen Aktionären für denselben mittelbaren Schaden in einen Prozess verwickelt wird. Gewinnt sie diesen, so erhält sie gleichwohl die Vergleichssumme von der Masse nicht zurückerstattet; unterliegt sie aber, so hat sie über den Vergleichsbetrag hinaus noch die Differenz bis zur Höhe der Gesamtforderung zu leisten. Dies für den Fall der Annahme, dass ein rechtsgültiger Vergleich der Einzelklage des Aktionärs nicht entgegensteht, sofern er ihm nicht zugestimmt hat.

³⁶ Vgl. Biggel 130 ff.

³⁷ Vgl. art. 260 SchKG.

³⁸ Vgl. dazu Vigier 79. Hotz 207. Biggel 130.

Diese Situation wird von der herrschenden Meinung allgemein als gänzlich unbefriedigend bezeichnet³⁹. Das Gesetz selbst äussert sich dazu nicht.

Henggeler⁴⁰ hält daran fest, dass trotz eines Vergleiches die Klage-rechte der einzelnen nicht zustimmenden Aktionäre wie im Falle der Entlastung bestehen bleiben, da ihnen diese Rechte unabhängig von denen der Gesellschaft eingeräumt sind. Er sieht einen Ausweg aus den Schwierigkeiten darin, dass eine Gesetzeslücke anzunehmen sei (art. 1 ZGB) und dass die Gesetzesanwendung in Analogie zur Lösung im Konkurs das Verfahren so zu gestalten habe, dass nur derjenige Aktionär zur Klage legitimiert sei, der gleichzeitig das Vergleichsergebnis sicherstelle.

Hotz⁴¹ vertritt die entgegengesetzte Auffassung. Seine Ansicht geht dahin, dass ein Vergleich grundsätzlich sowohl der Klage der Gesellschaft, als auch derjenigen der Aktionäre auf Ersatz des mittelbaren Schadens entgegenstehe. Art. 757 OR ist nach Hotz eine Sondernorm, die nur in striktestem Sinne ausgelegt werden darf. Die Anwendung auf den Vergleich ist abzulehnen. Vom Standpunkt der Verantwortlichen aus gesehen, müsse der Vergleich definitiv befreiend wirken. Den Aktionären stehe die Möglichkeit offen, gegen die mit dem Vergleichsabschluss beauftragten Personen aus art. 396 III OR vorzugehen. Im übrigen sei ihnen Gelegenheit gegeben, anlässlich der Vollmachterteilung an die Beauftragten ihre Vergleichslimiten kundzugeben.

Schliesslich äussert sich Picenoni⁴² sehr ausführlich zu dieser Frage. Er lehnt sowohl die uneingeschränkte Anwendung des art. 757 OR als auch einen grundsätzlichen Schutz des Vergleiches vor der Einzelklage des Aktionärs ab⁴³.

Dagegen versucht er, durch teleologische Auslegung des art. 757 OR ein Resultat zu erreichen, «das den redlichen Vergleich vor schikanösen Einzelklagen schützt, ohne dem Aktionär gegenüber einem ungenügenden Vergleiche den Schutz der Einzelklage zu versagen»⁴⁴. Er gelangt zu folgender Lösung: «Eine Entlassung im Sinne von art. 757 OR liegt demnach vor, wenn den verantwortlichen und regresspflichtigen Verwaltungs- und Kontrollorganen für ihre Befreiung aus der Haftung eine —

³⁹ Vgl. Henggeler 56. Picenoni 180. Bachmann 235/36. Biggel 130. Hotz 206 ff.

⁴⁰ a.a.O. 55. 56.

⁴¹ a.a.O. 206/08.

⁴² a.a.O. 179/192.

⁴³ Picenoni 182 und 186.

⁴⁴ Picenoni 188.

im Verhältnis zur Grösse des Schadens und ihres Verschuldens einerseits und zu ihrer Leistungsfähigkeit und den durch den Vergleich der Gesellschaft oder ihrer Nachlassmasse zukommenden Vorteile andererseits - ungenügende Leistungspflicht auferlegt worden ist.» «Ist den Verantwortlichen dagegen eine im oben dargelegten Sinne genügende Entschädigungspflicht auferlegt worden, so wirkt die Erfüllung der Vergleichsverpflichtungen wie die Erfüllung der Regresspflichten selbst: sie entzieht dem Aktionär das Klagefundament»⁴⁵.

Diese Lösung ist u. E. den beiden vorangehenden vorzuziehen. Sie ist keine Ideallösung, wie Piconi selbst sagt⁴⁶. Sie wirkt aber praktisch insofern vorbeugend, als damit schikanöse Klagen der Aktionäre verhindert werden. Liegt ein wirklich gerechter Vergleich vor, so wird sich der nichtzustimmende Aktionär nach dieser Auslegung zum vornherein sagen müssen, dass seine Klage zu keinem Ziele führen wird.

§ 8. Die Beschränkungen der Klage der Gläubiger

A) Allgemeines

Auch bei Schädigung der Gesellschaftsgläubiger wird unterschieden zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden, zwischen Einzelklage und Gesellschaftsklage¹. Der Schaden der Gläubiger besteht im Unterschied zu den mannigfaltigen Arten der Aktionärsschäden immer darin, dass ihre Forderungen gegen die Gesellschaft aus den vorhandenen Gesellschaftsmitteln nicht befriedigt werden können und dass ihnen daraus ein Ausfall entsteht. Die Gläubiger können durch Handlungen der Gesellschaftsorgane direkt eine unmittelbare Einbusse in ihrem Vermögen erleiden. Die Klage auf Ersatz dieses Schadens aus art. 754 OR wird allgemein als vertraglicher Natur betrachtet².

Liegt hingegen eine Schädigung der Gesellschaft vor, so trifft sie grundsätzlich den Gläubiger nur mittelbar. Ob bei ihm wirklich ein Schaden eintritt, beurteilt sich danach, ob der Schaden der Gesellschaft solche Ausmasse angenommen hat, dass das Grundkapital die Forderungen der

⁴⁵ Piconi 191.

⁴⁶ a.a.O. 192. Vor allem der Begriff der «genügenden Entschädigung» dürfte in der Praxis u. E. beträchtliche Auslegungsschwierigkeiten bereiten.

¹ Vgl. vorn 94/98.

² Vgl. Biggel 43. Vgl. vorn 22 ff.

Gläubiger nicht mehr deckt. Die Ersatzklage hat sich auf Leistung an die Gesellschaft zu richten. Die Rechtsnatur dieser Klage ist bestritten, mehrheitlich wird eine Vertragsklage angenommen³.

Die Unterscheidung «unmittelbar — mittelbar» hat ebenso wie beim Aktionär auch für den Gläubiger ihre Auswirkung auf seine Rechtsstellung gegenüber den Verantwortlichen. Was oben⁴ allgemein über die Wirkungen gegenüber dem Aktionär gesagt wurde, gilt sinngemäss auch hier, soweit Abweichungen nicht durch die Besonderheit der Gläubigerstellung bedingt sind.

Das Prinzip der Leistung des Schadenersatzes bei mittelbarem Schaden an die Gesellschaft ist für die Gläubiger praktisch von geringer Bedeutung. Ausser im Konkurs kommen sie gar nicht in die Lage, ihre Ansprüche geltend zu machen und auch dann ergibt sich dieses Prinzip zugunsten der Konkursmasse nicht aus aktienrechtlichen, sondern aus konkursrechtlichen Gründen.

Bezüglich der Schadensbemessung ist die Unterscheidung für den Gläubiger ebenfalls bedeutungslos; seine Forderung ist ziffernmässig erfassbar, der Schaden entspricht seinem Anteil an der Differenz zwischen Gesamtforderung und vorhandenen Deckungsmitteln. Hingegen trifft auch für ihn die Forderung zu, dass er bei mittelbarem Schaden durch die Konkursverwaltung nicht ausschliesslich seinen Einzelschaden klage, sondern denjenigen der Gläubigergesamtheit, ja, falls ein Ueberschuss vorhanden ist, sogar denjenigen der Aktionäre. Erst die Abtretung der Klage gibt ihm die Möglichkeit, seine eigenen Interessen in erster Linie zu verfolgen.

B) Der Konkurs als Voraussetzung der Gläubigerklage

Wohl die hauptsächlichste Beschränkung der Klagerechte der Gläubiger ist darin zu sehen, dass nach art. 758 OR diese ihren Schadenersatz erst nach dem Ausbruch des Konkurses der Gesellschaft geltend machen können. Die Interessen der Gesellschaft und diejenigen der Gläubiger stehen sich hier diametral gegenüber. Hat die Gesellschaft Verluste erlitten, so trachtet sie mit allen Mitteln danach, den Konkurs zu vermeiden oder doch aufzuschieben, um eine Sanierung zu versuchen. Die Gläu-

³ Vgl. vorn 22 ff.

⁴ Vgl. vorn 102 ff.

biger dagegen sind darauf bedacht, ihre gefährdeten Guthaben in Sicherheit zu bringen und versuchen — falls sie den Zusammenbruch der Gesellschaft voraussehen —, den Konkurs so rasch als möglich herbeizuführen. Allerdings kann eine Sanierung, falls sie Aussicht auf Erfolg hat, durchaus auch im Interesse der Gläubiger liegen.

Die Klagebeschränkung des art. 758 OR bezieht sich nur auf den mittelbaren Schaden. Dies geht direkt aus dem Gesetz hervor. Die Bestimmung ist die letzte der vier Beschränkungsklauseln, die unter dem Marginalen B auf den mittelbaren Schaden Bezug haben. Klagen der Gläubiger auf Ersatz des ihnen unmittelbar zugefügten Schadens unterliegen keinerlei Einschränkungen.

Die Praxis des aOR hatte die Vorschriften über das Erfordernis der Konkurseröffnung für die Geltendmachung des mittelbaren Schadens sehr elastisch ausgelegt. Ein Zwangsnachlassvertrag genügte, um den Gläubigern die Anhebung ihrer Klage zu gestatten⁵. Das rev. OR ist nicht nur von dieser Regelung abgegangen, sondern hat gleichzeitig die Unterscheidung zwischen «Gläubigern» und «Gläubigern mit Forderungen aus Inhaberpapieren»⁶ abgeschafft. Damit ist nach der heutigen Regelung eine Verantwortlichkeitsklage der Gläubiger immer dann ausgeschlossen, wenn die insolvente Gesellschaft einen Nachlassvertrag abschliesst. Diese Lösung wird jedoch von der herrschenden Meinung als ganz unzulänglich betrachtet⁷. Namhafte Autoren haben sich gegen sie ausgesprochen und Zulassung der Gläubigerklagen nicht nur im Konkurs, sondern auch im Nachlassvertrag gefordert⁸. Durch den Bundesratsbeschluss über die Sanierung der Banken vom 17. April 1936 ist dieser Forderung wenigstens im Bankenwesen teilweise Genüge getan worden, während es bis heute auf dem Gebiete des OR beim alten blieb.

Für unsere Unterscheidung von Interesse ist ein neuer Entscheid des Bundesgerichtes, in welchem, allerdings ohne jede Begründung, die Ansicht vertreten wird, dass ein Bankgläubiger auch den ihm unmittelbar zugefügten Schaden nur im Konkurs geltend machen könne⁹. Die Tragweite, die dieser Entscheidung zukommt, hat denn auch eine entschiedene Opposition auf den Plan gerufen¹⁰. U. E. ist anzunehmen, dass die An-

⁵ Vgl. Biggel 96. BGE 49 II 244 ff.

⁶ Vgl. Huber 103 ff.

⁷ Vgl. Henggeler 54. Biggel 97. Huber 138. Locher 83. Hotz 211.

⁸ Vgl. Egger, Jaeger, zit. in: Biggel 97 ff.

⁹ BGE 62 II 187 ff. (Konkursrechtlicher Entscheid).

¹⁰ Vgl. Brühlmann, in: SJZ 34, 53 ff.

wendung der Abs. 2 und 3 des art. 43 BankG auf den unmittelbaren Schaden irrtümlich erfolgte und es ist uns auch kein weiterer Entscheid bekannt, der die oben erwähnte Auffassung des Bundesgerichtes bestätigt hätte.

Der Ausbruch des Konkurses beseitigt die Klagehindernisse des Gläubigers, die der Verfolgung seiner Ansprüche aus mittelbarem Schaden im Wege stehen, jedoch nicht vollständig¹¹. Vorerst steht die Klage nämlich der Konkursmasse, vertreten durch die Konkursverwaltung, zu¹². Diese hat nicht einseitig die Interessen der Gläubiger zu verfechten, sondern sie soll als neutrale Instanz zugleich auch auf die Belange der ehemaligen Gesellschaft und der Aktionäre Rücksicht nehmen. Erst wenn sie dem Einzelgläubiger ihre Ansprüche abtritt, wird dieser zur Einzelklage legitimiert und die Verteilung des Prozessergebnisses richtet sich nach den Bestimmungen des SchKG. Wie oben erwähnt, geht dabei die Gläubigerklage derjenigen des Aktionärs vor.

C) Die Entlastung und die Klage der Gläubiger

Eine von der Generalversammlung den fehlbaren Organen erteilte Entlastung kann auf die Klage der unmittelbar geschädigten Gläubiger keine Wirkungen erzielen. Den Gläubigern sind ihre direkten Schadenersatzrechte vollständig unabhängig von denen der Gesellschaft gegeben und können darum von einem Déchargebeschluss, der zwischen der Generalversammlung und den Verantwortlichen wirkt, nicht berührt werden¹³.

Für die Geltendmachung des mittelbaren Schadens gilt grundsätzlich dasselbe. Das schweizerische Recht gibt dem Gläubiger einen selbständigen, von der Entlastung unabhängigen Schadenersatzanspruch. Dieser Anspruch steht aber nach der Lösung des rev. OR der Gesamtgläubigerschaft, und auch dieser nur im Konkurs, zu¹⁴.

¹¹ Das Bundesgericht hat andererseits in Entscheid 64 II 20 die Ansicht vertreten, dass ein Gläubiger den Schaden der Gesellschaft dann auch ausserhalb des Konkurses klagen könne, wenn ihm die Klage freiwillig von der Gesellschaft abgetreten wird.

¹² Vgl. Picenoni 196 ff., Hotz 210.

¹³ Picenoni 195 N. 1 will einen Einfluss der Entlastung auf die Höhe des primären Schadens gelten lassen, indem er annimmt, dass der Verzicht der Gesellschaft auf ihre Regressansprüche die den Gläubigern haftenden Gesellschaftsaktiven vermindere, was den primären Ausfall vergrößere. Darin ist u. E. jedoch Picenoni nicht zuzustimmen. Der durch die Verminderung der Aktiven verursachte Ausfall ist seiner Entstehung nach bereits mittelbarer Natur.

¹⁴ Vgl. Henggeler 55: Die Konkursverwaltung (Masse) handelt als eine Art procurator in rem suam. Picenoni 212.

Der Konkursmasse steht nun die Entlastung wie der Gesellschaft selbst entgegen, allerdings nur insofern, als die Konkursverwaltung die Interessen der Gesellschaft vertritt.

Nach art. 756 I OR ist sie jedoch berechtigt, auch die Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger aus mittelbarem Schaden geltend zu machen. Als Vertreterin dieser individuellen Anspruchsberechtigten kann ihr ein Entlastungsbeschluss nicht mehr entgegengehalten werden¹⁵.

Abweichungen von diesem Prinzip ergeben sich, wenn die Gesellschaft einen Nachlassvertrag abschliesst. Die Gläubiger sind dann auf die Ansprüche der Gesellschaft angewiesen, da das Erfordernis des art. 758 OR, der Konkursausbruch, nicht erfüllt ist. Verzichtet die Gesellschaft durch Déchargeerteilung auf ihre Regressforderungen, so bleibt dem Gläubiger der Weg zur Reparation seines mittelbaren Schadens versperrt¹⁶. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung hat das Bundesgericht in einem Fall¹⁷ jedoch erkannt, dass dem Gläubiger ausser Konkurs prinzipiell keine Klage zustehe, dass er sich aber die Klage der Gesellschaft durch diese abtreten lassen könne, da die Gesellschaft zu einer solchen Abtretung jederzeit jedem Dritten gegenüber berechtigt sei¹⁸.

Ein weiteres Eintreten auf diese interessanten, aber recht komplexen Fragen der Klagelegitimation der Gläubiger liegt nicht in der Aufgabe dieser Arbeit. Es sei dafür auf die ausgezeichneten Arbeiten von Piconi und Hotz verwiesen.

D) Die Rechtsstellung der Gläubiger bei Vorliegen eines Vergleiches

Der Vergleich ist dasjenige Instrument, dessen sich die meisten Gesellschaften bedienen, um Verantwortlichkeitsprozesse zu vermeiden, falls durch das schuldhafte Verhalten ihrer Organe ein Schaden entstanden ist¹⁹. Vergleiche können sowohl von der solventen Gesellschaft, als auch von ihrer Konkursmasse abgeschlossen werden.

¹⁵ Vgl. Henggeler 55.

¹⁶ Vgl. Hotz 211/12, Barbey 138, a. M. Rüegg 50.

¹⁷ BGE 64 II 20. Vgl. vorn 114.

¹⁸ Piconi 202 ff. nennt die Ansprüche der Gläubiger im Nachlassvertrag subrogatorisch und gibt den Gläubigern für den Fall mittelbaren Schadens ein Recht auf Anfechtung oder auf Feststellung der Nichtigkeit des Entlastungsbeschlusses.

¹⁹ Vgl. Henggeler 50/51. Da Verantwortlichkeitsprozesse langwierig und kompliziert sind, werden in der Regel zuerst Vergleiche angestrebt.

Wiederum werden die Rechte der Gläubiger auf Ersatz ihres unmittelbaren Schadens durch keinen irgendwie gearteten Vergleich berührt. Da der Gläubiger keinen Einfluss auf die Beschlüsse der Generalversammlung hat, kann er für seine direkten Ansprüche an die Organe auch nicht durch einen solchen gebunden werden. Dies gilt sowohl vor als auch nach der Konkurseröffnung²⁰.

Bei der Geltendmachung des mittelbaren Schadens ist darauf abzustellen, ob der Vergleich von der Gesellschaft oder von ihrer Konkursmasse abgeschlossen worden ist²¹. Da die Gläubiger nur im Konkurs klagelegitimiert sind, ist für uns hier nur der zweite Fall von Interesse.

Die Frage, ob dem Einzelgläubiger im Konkurs ein Vergleich der Masse mit den haftbaren Personen entgegenstehe, ist sehr kontrovers. Die herrschende wissenschaftliche Meinung sieht im Vergleich eine andere Form der Entlastung²², während eine neuere Richtung die beiden Institute als in rechtlicher Hinsicht verschieden beurteilt²³. Je nach der gewählten Lösung ergibt sich, dass die Gläubiger grundsätzlich nicht an einen Vergleich der Masse gebunden sein sollen²⁴, oder aber, dass ein solcher ihrer Klage entgegenstehen kann. Im letzteren Falle hätten sie deshalb die Befriedigung ihrer Ansprüche auf anderem Wege, z. B. durch Anfechtung der Vergleiche, zu suchen²⁵.

Mit Hotz²⁶ ist u. E. anzunehmen, dass der Frage wohl theoretische Bedeutung zukommt, dass sie aber die Gerichte kaum je beschäftigen wird. Ein Gläubiger wird in der Praxis viel eher einem Vergleich zustimmen, als sich einen Anspruch der Masse abtreten lassen. Die Masse knüpft nämlich normalerweise an die Abtretung die Bedingung, dass der klagende Gläubiger ihr das von ihr erzielte Vergleichsergebnis sicherstelle. Im konkreten Fall wird ein Gläubiger kaum das Risiko eingehen wollen, zu seinem eigenen Schaden bei ungünstigem Prozessausgang auch noch die Vergleichssumme zu verlieren.

²⁰ Vgl. dazu Hotz 210/215.

²¹ Betr. Vergleiche vor Konkursausbruch vgl. vorn 110 ff. Vigier 103/04, der auch für den sekundären Schaden eine Wirkung des Vergleichs ablehnt.

²² So Henggeler 55. Kaeslin 66. Biggel 90. Bachmann Komm. zu art. 675 aOR. Schucany Komm. zu art. 756 OR.

²³ Vgl. Picenoni 179 ff. Hotz 215/19.

²⁴ So Henggeler 56.

²⁵ Vgl. dazu die Lösung bei Picenoni 182 ff.

²⁶ a.a.O. 218/19.

§ 9. Die Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast und auf die Verjährung

Das rev. OR hat für die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen die Verteilung der Beweislast nicht ausdrücklich geregelt. In Fortsetzung der Unklarheiten, die schon die Praxis des aOR in dieser Frage beherrschten, ist es darum auch heute noch nicht möglich, in der Literatur und Judikatur eine einheitliche Auffassung darüber festzustellen¹.

Allgemein gesehen, kommt die normale Beweislastverteilung des OR auch für das Aktienrecht zur Anwendung. Liegt also eine Schädigung aus unerlaubter Handlung im Sinne der art. 41 ff. OR vor, so haben die Kläger Schaden, Verschulden, Widerrechtlichkeit und Kausalzusammenhang darzutun. Wird den Verantwortlichen aber eine Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten als Schadensursache zur Last gelegt, so bestimmt sich die Verteilung der Beweislast nach art. 97 OR: Das Verschulden des Beklagten wird präsumiert; es ist seine Sache, sich zu exkulpieren.

Die Beweislastverteilung zwischen den Verantwortlichen einerseits und und der Gesellschaft, den Aktionären und Gläubigern andererseits wäre demnach in unserem Falle einfach darnach abzuklären, ob zwischen den Parteien ein Vertragsverhältnis und damit eine Vertragsverletzung als Schadensursache anzunehmen sei, oder ob der Schaden sich aus unerlaubten Handlungen herleiten lässt.

So eindeutig nun auch das Bundesgericht immer wieder den vertraglichen oder doch vertragsähnlichen Charakter der aktienrechtlichen Haftungsnormen des OR — mit Ausnahme der art. 752/53 — betont hat, so wenig hat es daraus die Konsequenzen gezogen². Lediglich für das Verhältnis AG — Verwaltungsrat wurde die vertragliche Beweislastverteilung angenommen³, während für die Klagen der Aktionäre und Gläubiger die Rechtsprechung des Bundesgerichtes seit jeher inkonsequent ist⁴.

Die Revision des OR hat weiterhin keine Klarheit gebracht⁵. Nachdem das rev. OR aber im Gebiete der Verantwortlichkeiten bei der AG durchwegs eine Verschärfung der Haftungsnormen gebracht hat, ist u. E.

¹ Vgl. Biggel 141/143, Vigier 94/98, Henggeler 39.

² Biggel 142, Wehrli 118/19, Vigier 96/98.

³ BGE 14 S. 696; 23 II 1071 ff. (aRO).

⁴ Vgl. BGE 47 II 293; 59 II 452.

⁵ Vgl. die ausführliche Darstellung über die Behandlung dieses Punktes in den Entwürfen bei Biggel 142/43.

auch auf dem Gebiete der Beweislastverteilung der für die Verantwortlichen strengere Masstab anzulegen⁶.

Eine direkte Auswirkung der Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden auf die Verteilung der Beweislast ergibt sich nicht. Wohl aber kann aus der Qualifikation des Schadens unter bestimmten Umständen auf die Rechtsnatur des in Frage stehenden Verhältnisses zwischen Verantwortlichen und Geschädigten geschlossen werden. So kann ein unmittelbarer Schaden sowohl durch vertragliche Pflichtverletzung, als auch durch unerlaubte Handlung entstanden sein⁷. Dasselbe kann vom mittelbaren Schaden gesagt werden⁸. Nimmt man aber z. B. wie Biggel⁹ an, der Schadenersatzanspruch des mittelbar geschädigten Gläubigers gegen die Organe der AG sei deliktischer Natur, so würde somit für die Geltendmachung dieses Schadens auch nur die Beweislastregelung des art. 42 OR in Betracht kommen¹⁰. Selbstverständlich ist diese Regel auf die Gründungs- und Prospekthaftung anzuwenden, da diese beiden Haftungstatbestände unbestrittenermassen deliktischer Natur sind. Je nachdem man die Rechtsnatur des konkreten Haftungsverhältnisses beurteilt, können sich für die Anhebung einer Klage auf Ersatz des unmittelbaren oder des mittelbaren Schadens verschiedene Beweislastregeln ergeben. Da in der vorliegenden Arbeit jedoch die Meinung vertreten wird, dass sowohl die Haftung für unmittelbaren wie für mittelbaren Schaden aus dem art. 754 OR vertraglicher Natur ist, zeigt diese Unterscheidung keinerlei Wirkungen auf die Verteilung der Beweislast.

In analoger Weise ist die Frage der Verjährung zu beurteilen. Im Gegensatz zum aOR enthält das rev. OR eine positive Vorschrift in art. 760 für die Verjährung der spezifisch aktienrechtlichen Ansprüche. Die Frist beträgt fünf Jahre seit der Kenntnisnahme vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen und endet auf jeden Fall mit Ablauf von zehn Jahren vom Tage der schädigenden Handlung an. Sie ist sowohl auf die Ansprüche der Gesellschaft wie auch auf diejenigen aus unmittelbarem und mittelbarem Schaden der Aktionäre und Gläubiger anwendbar. Aus

⁶ Henggeler 35: scheint gleicher Meinung zu sein, äussert sich aber nicht ausdrücklich.

⁷ Vgl. vorn 45 ff./92 ff.

⁸ Vgl. vorn 96 ff.

⁹ a.a.O. 39 und 143.

¹⁰ Biggel a.a.O. nimmt u. E. allerdings zu Unrecht eine Deliktshaftung an.

der Systematik des Gesetzes geht übrigens hervor¹¹, dass diese Frist auch Platz greift, wenn typische Deliktstatbestände, wie diejenigen der art. 752 OR (Prospekthaftung) und art. 753 OR (Gründungshaftung), vorliegen. Die Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Schaden hat also (im Gegensatz zum aOR) keinen Einfluss mehr auf die Verjährung der Ansprüche.

¹¹ Art. 760 OR figuriert unter Marginale D, womit gesagt ist, dass er auf die Tatbestände unter den Marginalien A—C anwendbar ist.

LEBENS LAUF

Am 15. Februar 1922 wurde ich in Winterthur geboren. Die Primarschule besuchte ich während sechs Jahren in Kaltbrunn (Kt. St. Gallen). Darauf folgten drei Jahre Sekundarschule in Horgen (Kt. Zürich), von wo ich im Jahre 1937 an das Evang. Lehrerseminar Zürich-Unterstrass übertrat. Nach vierjähriger Ausbildung erhielt ich das kantonalzürcherische Lehrerpapent und immatrikulierte mich darauf an der Philosophischen Fakultät I der Universität Zürich. Nach dreisemestrigem Studium, längerem militärischem Instruktions- und Aktivdienst trat ich an die juristische Fakultät über. Mein Studium wurde durch kürzere Auslandsaufenthalte, Tätigkeit auf einem Bezirksgericht und Praktikum in einem kaufmännischen Betrieb unterbrochen. Meine Dissertation beendigte ich im Herbst 1952 und am 28. November 1953 legte ich die letzten Prüfungen des juristischen Doktor-examens an der Universität Zürich ab.

